This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 15 1923

Digitized by Google

Dr. FRITZ COURVOI
Fürsprecher - Avocat
BIEL-BIENNE

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung

der

Kantone Bern, Aargau, Solothurn und Luzern.

Unter Mitwirkung mehrerer schweizerischer Juristen

herausgegeben

von

Dr. A. Zeerleder,

Professor der Rechte.

Neunzehnter Band.

Jahrgang 1883.

Bern.

Druck und Expedition von S. F. Haller.

1883.

Digitized by Google

FEB 1 5 1923

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

I. Abhandlungen und Erörterungen.

Zur bernischen Civilprozeß-Novelle, v. Herausgeber. S. 136.
Zum Entwurf eines neuen Civilprozeßverfahrens für den Kt. Luzern, von Hrn. Dr. P. Meyer v. Schauensee. S. 169.
Zum Vormundschafts- und Eherecht des Kts. Luzern, von Hrn. Dr. P. Meyer v. Schauensee. S. 187.
Ist Art. 6 des Emancipationsgesetzes des Kts. Bern (Ges. über Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaften) durch das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit aufgehoben? von Hrn. Fürsprech Alex. Reichel. S. 253.
Emil Vogt, Nekrolog, vom Herausgeber. S. 388.
Justizreform durch Verfassungsrevision? von Hrn. Prof. Dr. C. Stooß. S. 415.
Lebensversicherung zu Gunsten einstiger Erben. Anspruch der Konkursmasse? vom Herausgeber. S. 487.
Betreibungspfandrecht an Liegenschaften. Entstehungszeit? vom Herausgeber. S. 504.
Bundesrechtliche Erörterungen. Von Hrn. Leo Weber in Bern. I. Zum Obligationenrecht. 1. Geschäftsfirmen. S. 539.
Ueber einige Fälle des Eigenthumserwerbs an Mobilien nach schweiz. Obligationenrecht. Von Hrn. Oberrichter Dr. Affolter in Solothurn. S. 253.

II. Rechtsprechung des Kantons Bern in Civilsachen.

Alter Kantonstheil (1882/83).

A. Civilrecht.

1. Allgemeine Rechtslehren und Personenrecht.

Statutenkollision betr. ehel. Güterrecht. S. 47 (vgl. 257 ff.)
Statutenkollision betr. Konkursrecht. S. 65.
Weibergutsempfangschein, Förmlichkeiten. S. 47, 466.
Weibergutsempfangschein und Herausgabe-Akt. S. 464.
Nasciturus pro jam nato habetur. S. 70.
Umwandlung einer Schuld in „Vorempfang". S. 334, 464.
Vorempfangsnatur von Zahlungen des Erblassers für einen Notherben. S. 474.
Vaterschaftsklage. Einrede des unzüchtigen Lebens. Reinigungseid. S. 52.
Vaterschaftsklage. Gerichtsstand. Art. 59 B.-Verf. S. 474.
Wechselfähigkeit einer mit Kindern versehenen Wittwe. S. 71.

Digitized by Google

Handlungsfähigkeit der Ehefrau eines Gantstagers S. 76, der mit Kindern versehenen Wittwe. S. 461.
Haftung der Vormundschaftsbehörden nicht auf kontraktlich übernommene Pflichten auszudehnen. S. 285.
Ehescheidung. Unschuldiger Ehegatte kann nicht Aversalentschädigung nebst Alimenten einklagen. S. 282.
Nachgangserklärung der Ehefrau, wirkt nur gegenüber Hypothekargläubigern. S. 466.
Anspruch der Kinder auf Ausstellung eines Empfangscheins für Muttergut. S. 496.

2. Dingliches Sachenrecht.

Eigenthumsübergang an einem Waarenlager. S. 17; durch Uebergabe der Schlüssel, S. 33; zwischen Ehegatten, S. 464; betr. stehendes Holz, S. 499.
Pfandrecht für eine künftige Forderung. S. 22.
Grundpfandrecht. Verzicht auf dasselbe nach Eintritt des Gantstags des Schuldners. S. 472.
Miteigenthum; Verpachtung = Verwaltungshandlung. S. 293.
Besitzverhältniß bei Prädidialservitut. S. 325.
Weidegerechtigkeit auf Privatgrundstücken als bürgerliches Nutzungsrecht. S. 33.
Unvordenkliches Herkommen ersetzt den Titel. S. 33.
Erwerb eines Fahrwegerechts durch Verjährung. Zufertigung augenfälliger Merkmale? S. 36.
Nutznießungsrecht an einem Walde. Berechtigung auf Windfallholz? S. 45.
Fischereigerechtigkeit; Verhältniß des Inhabers bei Gewässerkorrektionen. S. 56.

3. Erbrecht.

Auslegung eines Testaments. Nasciturus pro jam nato habetur. S. 76.
Unsittliche Bedingung in einer letzten Willensverordnung. S. 79.
Testament eines tauben mehrjährigen Bevogteten. S. 291.
Massaverwalter im amtl. Güterverzeichniß, kann gültig Erbschaftsschulden zahlen. S. 301.
Rückfallrecht betr. eine Liegenschaft, durch letzte Willensverordnung begründet. Fideikommiß. Anwachsungsrecht. S. 322.

4. Obligationenrecht.

Actio Pauliana. Veräußerung eines Waarenlagers. S. 17. — Hingabe an Zahlungsstatt für fingirte Schulden. S. 33. — Errichtung eines Pfandrechts nach erfolgter Zahlungseinstellung. S. 315. — Kassation eines Kaufvertrages um Beweglichkeiten zum wahren Werthe. S. 328. — Deckung von Bürgen ibid. S. 478. — Anfechtung eines vom Erblasser des Gemeinschuldners abgeschlossenen Vertrages. S. 462. — Wegen Herausgabe von Muttergut, abgewiesen. S. 496.
Regreßanspruch des Bürgen gegen seine Mitbürgen, entsteht erst nach geleisteter Zahlung. S. 22. — Haftung d. Kreditbürgen. S. 277.
Verhältniß zwischen Bürgen und Gläubiger im Falle des Gantstags des Hauptschuldners, § 595 B.-R. S. 42.
Unterlassung der Eingabe im amtl. Güterverzeichniß eines Bürgen befreit den Mitbürgen nicht. S. 88.
Bürgschaft, strikte Interpretation. S. 335. — Eingehung unter Voraussetzung des Beitritts eines fernern Bürgen. S. 470.

Digitized by Google

Uebernahme eines Handelsgeschäfts; Wirkung betr. Uebergang der Schulden? S. 40.
Lieferung gefälschten Weins. Geltendmachung des Mangels nach erfolgter Empfangnahme. S. 49.
Distanzkauf. Bedeutung der Faktur für die Preisbestimmung. Verspätete Bemängelung. S. 60, 63*).
Konkordat über Viehwährschaft. Tödtung des kranken Thiers. S. 331.
Unfallversicherung. Folge versäumter Prämienzahlung. S. 52.
Lebensversicherung. Anspruch der Gläubiger. S. 481 (vgl. S. 382, Aarg.).
Käsereigesellschaft, Vertretung derselben durch Mitglieder. S. 53, 288.
Haftpflicht der Eisenbahnen wegen Tödtungen und Verletzungen. S. 58, 293, 499.
Vollmacht zum Inkasso begreift die Vollmacht zur Abtretung der Forderung nicht in sich. S. 67.
Vollmacht, vermuthete, infolge Duldung der Führung der Unterschrift durch Dritte. S. 499.
Haftpflicht des Staates für Nachlässigkeit seiner Beamten; Verjährung daheriger Ansprüche? S. 76.
Haftpflicht der Eidgenossenschaft für Brandschaden bei militärischer Einquartierung. S. 320.
Amtsbürgen eines Notars, Haftung für bezogene Handänderungsgebühren. S. 87.
Bankkredit. Gutschrift von Wechseln begründet keine Novation. S. 472.
Kontokurrent. — Die periodischen Rechnungsabschlüsse begründen keine Novation. S. 277.
Kauf um Holz zum Schlagen ist Mobiliarkauf. S. 279.
„Obligation". Theilweise unrichtige Angabe des Schuldgrundes. S. 282. — Mangel der Obligationsform bei Bürgschaftsverpflichtung. S. 340.
Hypothekarforderung. Solidarische Haftung der Veräußerer der Pfandsache. Ueberbund. S. 303.
Hypothekarforderung. Quittung für solche, nicht im Titel eingetragene, unverbindlich für den im Geltstag des urspr. Gläubigers auf die Forderung Angewiesenen. S. 327.
Imputation von Zahlungen. S. 334.
Verjährung wird durch Ladung vor den inkompetenten Richter nicht unterbrochen. S. 286.
Vermögensbeschädigung als Folge amtlich angeordneter Arbeiten. S. 469.
Abtretung einer grundpfändlich versicherten Forderung; Formlosigkeit. S. 477.

5. Wechselrecht.

Wechselfähigkeit der mit Kindern versehenen Wittwe. S. 71.
Nachbürgschaft auf der Rückseite eines Wechsels begründet keine wechselrechtliche Verpflichtung. S. 338.
Wechseldomizil, Wahl eines solchen verbindlich für Betreibungsakte. S. 499.

B. Ordentlicher Civilprozeß.

Peremtorische Einrede, unzulässig wegen versäumter Einspruchsfrist im B.-B. S. 21.
Verloren gegangene Beweismittel sind auch solche, deren Existenz der Beweisführer vorauszusetzen berechtigt war. S. 52.

*) Das Citat in der Anmerkung S. 65 bezieht sich auf R. O. H. G. Bd. V.

Digitized by Google

Objektive Klagenkumulation, Zulässigkeit? S. 82.
Zeugen-Eid. Erlassung desselben muß nicht protokollirt sein. S. 277.
Dritte Schwörperson kann vom Beweisgegner als Zeuge angerufen werden. S. 284.
Aktionäre können Schiedsrichter in Prozessen der Aktiengesellschaft sein. Auf Rekusation kann verzichtet werden. S. 284.
Rechtsversicherung. Haftung des im Lauf des Prozesses eingetretenen Bürgen. S. 298. — Beweislast bei bedingter Forderung. S. 337. — Liquides Summenversprechen erforderlich. S. 495.
Provokation des Liegenschaftsbesitzers unzulässig. S. 325.
Rechtsstillstand. Voraussetzungen des Art. 3 Str.-Vf. S. 325.
Urkunden, nachträglich veränderte. Geltung des ursprünglichen Inhalts. S. 470.
Zeugenbeweis unzulässig zur Erläuterung einer letzten Willensverordnung. S. 473.
Appellation gegen ein Kontumazialurtheil, statt Beschwerdeführung. S. 474.
Gerichtsstand für persönliche Ansprachen. Interkantonale Verhältnisse. S. 474.
Wiederklage. Fehlen der Voraussetzungen; Zwischengesuch. S. 480.

C. Vollziehungsverfahren.

Actio Pauliana s. Obligationenrecht.
Zu § 566: Folgen der Unterlassung, den Kostenvorschuß zu leisten. S. 17; 478.
Betreibung gegen den dritten Erwerber der Pfandsache. S. 21.
Rückforderungsklage aus § 442 V.-V. — Keine Wiedereinsetzung gegen Versäumung der sechsmonatl. Klagefrist. S. 290.
Richterliches Pfandrecht an Liegenschaften. Zeitpunkt d. Entstehung. S 503.
Geltstag. Anbietungspflicht des Gläubigers gegen Bürgen. Theilnahme an Aufhebung des Miteigenthums. S. 42. — Keine Anbietungspflicht gegenüber Solidarschuldnern. S. 303.
— Zur Anfechtung von Anweisungen. Legitimation der Gläubiger. S. 65.
— Einzelne Pfandgläubiger zur Geltendmachung von Pfandrechten gegenüber Dritten nicht legitimirt. S. 72.
— Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Einspruchsfrist des § 594. Wer ist Betheiligter beim Einspruchsverfahren? S. 74, 466.
— Wiedereinsetzung i. d. vor. St. wegen Ausbleiben bei einer Gläubigerversammlung. S. 82.
— Besitzklagen gegen eine Geltstagsmasse unzulässig. S. 84.
— Geltstagsmasse befugt zur Arrestnahme gegen Schuldner des Geltstagers. S. 283.
— Begriff des Lidlohns. S. 300.

III. Jura bernois.

Droit d'estivage accordé à un pasteur réformé. Acte de Réunion. Actes de classification des biens communaux etc. P. 128.
Hypothèque légale des mineurs. — Subrogation légale ou novation? P. 131.
Responsabilité en matière de renseignements commerciaux. Action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382 C. civ. fr. — Dol constaté. — Admission de la demande. P. 524.

Digitized by Google

IV. Rechtsprechung in Justizsachen.

Aussöhnungsversuch in Streitsachen, welche der Kompetenz des Gerichtspräsidenten unterliegen. S. 507.
Rechtsversicherung in Beschwerdesachen unzulässig. S. 508.
Klagbewilligung. Ungerechtfertigter Rückzug. Richter als Zeuge? S. 508.
Beschwerdeführung über Beweisentscheid unzulässig. S. 510.
Nachträgliche Anrufung von Beweismitteln: nicht nachträglich entstandene! S. 510.
Befreiung von Zeugniß über strafbare Handlungen. S. 510.
Halbbürtige Geschwister als Zeugen. Verwandtschaftsberechnung. S. 510.
Manifestation nach Satz. 504 C. Ausdehnung. S. 511.
Eides-Abhörung. Erläuterungsfragen des Anwalts an die eigene Partei unzulässig. S. 511.
Superprovisorische Verfügung ohne Gesuch um provisor. Verfügung unzulässig. S. 511.
Appellabilität einer Moderationssentenz. Haftung der Streitgenossen für Prozeßkosten. S. 511.
Moderation von Kostennoten; keine Zusammenrechnung. S. 512.
" " Versäumung der Frist des § 332 P. S. 513.
Civilurtheile, schweizerische; keine Ausdehnung der Vollziehbarkeit auf andere Titel. S. 513.
Civilurtheile, fremde; Prüfung des Prozeßverfahrens. S. 514.
Schiedsgericht, Ernennung auf einseitiges Gesuch gesetzwidrig. S. 515.
Schiedsvertrag; Bezeichnung der Streitpunkte. S. 515.
Schiedsspruch; gültig trotz mangelnder schriftlicher Annahme des Schiedsrichteramts. S. 515.
Schiedsspruch; Förmlichkeiten. S. 515.
Entvogtung. Nachweis, daß keine Bevogtungsgründe vorhanden waren. S. 516.
Vollziehungsverfahren. Rekusationspflicht des Richters. S. 516.
" Causæ cognitio des Richters bei Bewilligung des Vollz.-Befehls. S. 516.
" Beschwerdeführung gegen Bewilligung des Vollz.-Befehls unzulässig. S. 516.
" Bestellung von Sicherheit durch den Schuldner hemmt das V.-V. nicht. S. 517.
" Bewilligung mehrerer Gantsteigerungen über das nämliche Pfand kein Einstellungsgrund. S. 517.
Ungesetzliche Einstellung des Gantverfahrens. S. 518.
Gantverfahren, kann nur durch Befriedigung aller betheiligten Gläubiger aufgehoben werden. S. 520.
Gantverfahren. Unterbrechung durch Geltstag. Wiederaufnahme unzulässig. S. 522.
Geltstag. Ad massam-Ziehung der dem Bestandverbot unterworfenen Sachen. S. 522.
Gelder aus Massaverwaltungen; Deponirung bei der Staatskasse. S. 523.
Geltstagskosten. Prozentgebühr des Staates. Einspruch gegen dessen Anweisung. S. 523.
Nachgeltstag über Vermögen, auf welches Gläubiger verzichtet. S. 523.

V. Entscheidungen des bern. Regierungsrathes.

Stellung d. Vormundschaftsbehörden gegenüber „unabgetheilten" Wittwen. S. 312.

Digitized by Google

Tauschvertrag mit Pfandrechtsvorbehalt zu Gunsten eines Dritten. Eintragungspflicht des Amtsschreibers (zu Satz. 993 u. 995 C.). S. 402.
Besteuerungsrecht der Gemeinden bei Wohnsitzwechsel des Steuerpflichtigen. S. 406.

VI. Entscheidungen des Bundesgerichts.

Wirthschaftskonzessionen im Kt. Bern. Entschädigungspflicht des Fiskus bei Aufhebung. S. 112.
Ungleiche Behandlung von Schweizerbürgern und Angehörigen befreundeter Staaten durch das Gewerbegesetz des Kts. Bern. Aufhebung eines bern. Strafurtheils. S. 124.

VII. Kanton Luzern.

A. Obergerichtliche Rechtsprechung.

Legitimation des Testamentsvollziehers zur Klage auf Anerkennung der Vermächtnisse. Collationsverbindlichkeit der Erben. Anrechnung des legatum ususfructus bei Feststellung der Testirbefugniß. S. 89.
Uebergabe von Vieh zur Fütterung; Haftung des Uebernehmers? S. 95.
Condictio sine causa. Zu § 26 1. Abs. des Konkursges. S. 99.
Zum Thatbestande des Vergehens der Injurie. S. 101.
Erbverträge zwischen Eltern und Kindern. Einrede des Uebertruffs. S. 102.
Haftbarkeit des Gemeinderathes für Pupillenvermögen. S. 104.
Erlöschungsart durch confusio bei liegenden Ansprachen. S. 106.
Fester Kauf oder Kauf auf Probe? S. 109.
Förmlichkeiten bei Handzeichen in Urkunden. S. 110.
Verpflichtung der Familie durch Geschäfte des Haussohns? S. 342.
Einzinserei. Deposition der Beiträge der Einzinser. S. 344.
Haftbarkeit der Ersparnißkassen für ihre Einnehmer. — Novation, Voraussetzungen. S. 348.
Rechtliche Stellung des Beistandes und der Vormundschaftsbehörde gegenüber Verbeiständeten. S. 351.
Entschädigungsforderung gegen eine bevogtete Person. S. 354.
Schadensersatzklage gegen einen Beamten wegen unrichtiger Legalisation einer Unterschrift. S. 354.
Haftbarkeit des Käufers einer Liegenschaft für Kaufrestanz. Zu §§ 41 Konk.-Ges. und 26 Hyp.-Ges. S. 356.
Testamentum correspectivum; Zulässigkeit. Beistand bei Frauentestament nicht erfordert. S. 359.
Erbschaftskauf, rechtl. Natur. — Traditio brevi manu. S. 360.
Provokation von Seiten des Besitzers unstatthaft. — Beweislast bei actio negatoria. S. 362.
Uebergabe, symbolische mittelst Urkunden. S. 363.
Eigenthumsklage; Passivlegitimation; nominatio auctoris. S. 365.

B. Urtheil des Bezirksgerichts Luzern.

Zur Lehre von der Kollision und Wandelbarkeit der ehelichen Güterrechte, vom Beweise zugebrachten Frauenguts und von Schenkungen unter Ehegatten. S. 257.

Digitized by Google

VIII. Kanton Solothurn.

Actio Pauliana. Konkordate vom 15. Juni 1804 u. 7. Juli 1810. S 395.
Simulation. Bedeutung in strafrechtlicher Hinsicht. S. 397.
Geldstag. In der Prioritätsverhandlung vor Obergericht keine neuen Begehren zulässig. S 397.
Gütertrennung zwischen Ehegatten, gerichtliche. Theilungsmodus den Gatten überlassen. S. 398.
Notorietät obergerichtlicher Urtheile: Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entvogtung. S. 399.
Recht der Rad- und Pflugwende, ersitzbar. S. 399.
Annahme der Erbschaft sub beneficio inventarii. Wirkungen. S. 399.
Privilegium des Frauenguts besteht fort trotz erfolgter Pfandsicherung. S. 400.
Constitutum possessorium, resp. simulirter Kaufvertrag in fraudem creditorum. S. 400.
Die gleiche Forderung kann zum zweiten Male auf dem summarischen Wege geltend gemacht werden. S. 401.
Betreibung auf Entlassung aus Bürgschaft steht dem Nachbürgen gegen den Vorbürgen nicht zu. S. 563.
Wasserschöpfrecht, nicht ersitzbar. S. 564.
Fristbestimmung des Amtsgerichtspräsidenten zu Leistung von Kostenvorschüssen, bewirkt nicht Präklusion. S. 564.
Appellationserklärung schlechthin umfaßt nicht Appellation wegen offenbarer Gesetzesverletzung. S. 565.
Zeitpunkt der Klage-Anhebung im Civilprozeß. S. 566.
Civilprozeß wird nicht sistirt durch Meineidklage. S. 566.
Neues Recht, an die Voraussetzung der Zahlung der Kosten des bisherigen Verfahrens geknüpft. S. 566.
Gegenbeweis durch Eid gegen Urkunde unstatthaft. S. 566.
Editionspflicht betr. Urkunden, Zeitpunkt des Eintritts. S. 567.
Inkompatibilität zweier Legate. S. 568.

IX. Kanton Aargau.

Schaden infolge höherer Gewalt. Betriebsstörung eines mit Wasserkraft betriebenen Etablissements. Umfang der Wuhrunterhaltungspflicht Dritter. S. 367.
Vindikation von Waaren im Geltstag des Käufers, nach Empfangnahme. S. 370.
Steuerrecht der Gemeinden. Frage des Steuerdomizils. S. 371.
Weinlieferung. Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. S. 373.
Streitverkündung des Beklagten. Stellung des Denunciaten nach Uebernahme des Streites. S. 375.
Kaufvertrag. Cession der Rechte des Verkäufers unstatthaft. S. 377.
Kultussteuern. Sog. Judengeld (Stolgebühren-Ersatzgeld an den Pfarrer). S. 378.
Lebensversicherung zu Gunsten Dritter. Anspruch der Geltstagsmasse auf die Vers.-Summe ausgeschlossen. S. 382.
Zustellungsbewilligung des Gerichtspräsidenten betr. rechtl. Kundmachung. Beschwerde unzulässig. S. 384.
Erbauskaufsvertrag; rechtl. Bedeutuug u. Tragweite. S. 385.

Digitized by Google

X. Zur Einführung, Auslegung und Anwendung des schweiz. Obligationenrechts.

Botschaft des Großen Rathes des Kts. Bern zum Einführungsgesetz. Vom 2. Christmonat 1882. S. 1.
Zur Einführung des Handelsregisters im Kt. Bern. I. Kreisschreiben der Justizdirektion v. 12. Jan. 1883. II. Cirkular an die Einwohnergemeinderäthe. S. 12.
Kreisschreiben des Bundesrathes vom 13. März 1883 betr. Eintragung von Gesellschaften, Genossenschaften u. s. w. in das Handelsregister. S. 269.
Kreisschreiben des Bundesrathes vom 29. Mai 1883 betr. Organe und Firmaführer von Gesellschaften, Firmen von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften u. s. w. S. 272.
Mittheilungen des eidgen. Departements für Handel und Landwirthschaft betr. Anwendung der Art. 716 O.-R. (Eintragung von Vereinen), Art. 865 al. 4 (Eintragungspflicht von Einzelpersonen), Art. 902 (Fortbestand von Firmen bis 1892), Art. 864 (Verfahren gegen säumige Eintragspflichtige). S. 274.
Causæ cognitio des Registerführers? S. 276.
Kreisschreiben des Justizdepartements des Kts. Thurgau betr. Eintragungspflicht von Einzelpersonen. S. 276
Mittheilung des eidg. Handelsdepartements betr. Eintragung von Handlungsbevollmächtigten. S. 446.
Kreisschreiben der Justizdirektion des Kts. Bern, betr. die Förmlichkeiten der notariellen Vertragsurkunden. S. 447.

XI. Literarische Anzeigen und Besprechungen.

Duguit, des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils. Par M. le prof. Brissaud. P. 305.
König, Civilgesetzbuch, Textausgabe. S. 307.
Boßhard u. Weibel, Sammlung der Luzerner Civil- und Civilprozeßgesetze. S. 308.
Mentha, critique de quelques articles du Code fédéral des obligations. S. 308.
Schneider u. Fick, Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht, 2. Aufl. S. 450.
Hafner, schweiz. Obligationenrecht mit Anmerkungen. Schlußlief. S. 451.
R. Meyer, schweiz. Wechselordnung. S. 452.
Dr. O. Wächter, Wechselrecht des deutschen Reiches. S. 453.
Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. S. 454.
König, Kommentar zum bern. Erbrecht. S. 454.
Sträuli, Kommentar zum Gesetz betr. Rechtspflege. S. 454.
Marcusen, Lehre von der hereditas jacens, von Prof. Schneider. S. 455.
Garnier, Aufzeichnungen betr. Eheschließung von Ausländern, von Hrn. Dr. P. Meyer von Schauensee. S. 569.
Sohm, Institutionen des röm. Rechts. S. 574.
Zorn, Luther und die deutsche Nation. S. 575.
Planta, schweiz. Hypothekarrechte. S. 576.

Digitized by Google

XII. Mittheilungen.

Schweizer Juristenverein. Jahresversammlung in St. Gallen. Beweis der Verträge. Strafrechtliche Folgen des Konkurses. Motionen betr. Rechtseinheit. S. 458.
Verhandlungsthemata und Preisaufgaben pro 1884. S. 460.
Berner Juristenverein. Verhandlungen über die bernische Justizreform in Verbindung mit der Verfassungsrevision. S. 546.
Berner Verfassungskommission. Verhandlungen und Beschlüsse zur Justizreform. S. 552.
Generalregister zu Bd. 8 bis 17 der Zeitschrift. S. 460.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift
des
Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIX. 1. Heft. 1883.

Botschaft des Großen Rathes des Kantons Bern
an das Bernervolk

zu der Gesetzesvorlage betreffend die Einführung und ergänzende Anwendung des Bundesgesetzes vom 14. Brachmonat 1881 über das Obligationenrecht, sowie die Aufhebung und Abänderung von Bestimmungen der kantonalen Civil- und Handelsgesetze.*)

Vom 2. Christmonat 1882.

Das Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 setzt in seinem Art. 881 das Inkrafttreten auf den 1. Januar 1883 fest und verordnet im Fernern, daß durch dasselbe alle ihm entgegenstehenden kantonalen Gesetze aufgehoben seien, soweit nicht die Uebergangsbestimmungen das bisherige Recht unter die Herrschaft des neuen Rechts vermitteln.

Damit ist an den Gesetzgeber des Kantons Bern eine dreifache Aufgabe herangetreten, von welcher der erste Theil zwingender Natur, weil das Bundesrecht von den Kantonen gewisse Anordnungen fordert, um die wirksame Anwendung desselben zu sichern, — der zweite Theil aus dem allereigensten Interesse des

*) Die vorliegende Botschaft bietet einen so konzisen und klaren Ueberblick in die Motive und den Gedankengang des Einführungsgesetzes, daß wir auch denjenigen unserer Leser, welche dieselbe als stimmfähige Bürger erhalten haben, einen Dienst zu leisten glauben, wenn wir sie durch Aufnahme in diese Zeitschrift vor der Vergessenheit bewahren. Red.

Digitized by Google

Bernervolks an thunlichster Vermeidung von Rechtswirrwarr, wie ihn das theilweise Eingreifen eines Bundesgesetzes in das bisherige kantonale Privatrechtssystem nothwendiger Weise zur Folge hat, entspringt; in dritter Linie glaubten wir in denjenigen Partien des kantonalen Rechts, wo es den Eigenthümlichkeiten desselben unbeschadet geschehen konnte, den Anschluß an das Bundesrecht suchen zu sollen, um auf diesem Wege die Vereinheitlichung des Rechts zwischen Kanton und Bund, sowie gleichzeitig auch unter den beiden Kantonstheilen anzustreben.

Dieser Aufgabe sucht nun die gegenwärtige Vorlage gerecht zu werden, wie hienach von Einem zum Andern des Nähern dargestellt werden soll.

1. Die Einführungsbestimmungen.

Das Bundesrecht fordert bei mannigfachen Rechtsverhältnissen die Intervention des Richters auf einseitiges Ansuchen eines Betheiligten hin, sei es, um drohenden Schaden abzuwenden, Rechte sicher zu stellen, thatsächliche Verhältnisse zu konstatiren u. s. w. Dagegen überläßt es dasselbe den Kantonen, weil diesen das Prozeßrecht und die Gerichtsorganisation angehört, den zuständigen Richter zu bezeichnen und, mit Ausnahme einzelner Fälle, das einzuschlagende Verfahren zu normiren. Die §§ 1 bis und mit 5 sind dieser Materie gewidmet, in welchen der Amtsgerichtspräsident als zuständig bezeichnet und das Verfahren so geordnet ist, wie es der Natur der Sache und den allseitigen Interessen der Betheiligten am besten entspricht.

Der § 6 ordnet das Interventionsrecht des Staates zur Auflösung von Genossenschaften und Vereinen, die dem öffentlichen Interesse zuwiderhandeln. Derselbe bedarf keiner weitern Erklärung.

In § 7 wird die Gerichtsbarkeit der jurassischen Handelsgerichte auf Ansprüche aus Eigenwechseln (billets de change) und Cheques ausgedehnt; es ist dies deßhalb nothwendig, weil der Code de Commerce diese beiden Arten von wechselrechtlichen Verpflichtungen nicht kannte.

Digitized by Google

Der Art. 859 O.-R. schreibt die Einführung von Handelsregistern vor, in welche die Eintragung obligatorisch ist für Kollektivgesellschaften (Art. 552), Kommanditgesellschaften (Art. 590), Aktiengesellschaften (Art. 621), Kommanditaktiengesellschaften (Art. 676), Genossenschaften (Art. 680), sowie für alle diejenigen, die ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, und fakultativ für Vereine, welche wohlthätige, gesellige, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische oder andere ideale Zwecke verfolgen (Art. 716), sowie für Jeden, der sich durch Verträge verpflichten kann (Art. 865). Wir erachten es unsern Verhältnissen am angemessensten, die Führung der Handelsregister amtsbezirksweise zu ordnen und sie den Amtsgerichtsschreibern zu übertragen, weil die Benützung derselben sehr häufig mit streitigen Rechtssachen oder sonstigen richterlichen Funktionen im Zusammenhange steht. Davon handeln die §§ 8 und 9.

Die Art. 877 und 878 O.-R. verhalten Jeden, der zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet ist, zu ordnungsmäßiger Führung von Geschäftsbüchern, aus welchen die Vermögenslage des Geschäftsinhabers und die einzelnen mit dem Geschäftsbetriebe zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse ersehen werden können, sowie zur Aufbewahrung dieser Geschäftsbücher, der empfangenen Geschäftsbriefe und Telegramme während zehn Jahren. Da diese Vorschriften im Interesse des öffentlichen Kredits aufgestellt sind, so müssen, um deren Beobachtung zu sichern, Widerhandlungen dagegen mit Strafe bedroht werden. Die angedrohte Strafe ist Geldbuße; wenn aber der Thatbestand des betrügerischen oder leichtsinnigen Gantags, bezw. Faillite vorliegt, so sollen die im Strafgesetzbuch auf diese Vergehen angedrohten Strafen auch hier zur Anwendung kommen (§§ 10 und 11).

2. Die Aufhebung der bisher geltenden Gesetze.

A. Allgemeine Bemerkung.

Es kann im Einzelnen zweifelhaft sein, ob diese oder jene Bestimmung des bisherigen kantonalen Rechts als durch das

Digitized by Google

Bundesgesetz aufgehoben betrachtet werden müsse oder nicht. Sobald aber der kantonale Gesetzgeber, Kraft seiner souveränen Gewalt, sie als aufgehoben erklärt, ist wenigstens nach dieser Richtung hin ein sicherer Rechtsboden geschaffen. Dabei ist immerhin nicht ausgeschlossen, daß verschiedene Vorschriften des kantonalen Rechts, welche das Aufhebungsgesetz unberührt gelassen hat, dennoch von dem zuständigen Bundesgerichte als mit dem Bundesrecht ganz oder theilweise im Widerspruch stehend erfunden und deßhalb als aufgehoben erklärt werden. Wir sind in dieser Beziehung, um den Zusammenhang der einzelnen kantonalen Rechtsinstitute nicht allzu sehr zu stören, eher zurückhaltend als agressiv zu Werke gegangen und glaubten es richtiger der Gerichtspraxis überlassen zu sollen, in den betreffenden Materien zukünftig festzustellen was gilt oder nicht mehr gilt.

Das Bundesgesetz über das Obligationenrecht greift abrogirend ein: zum geringsten Theil in das Personenrecht, soweit dasselbe mit der Vertragsfähigkeit zusammenhängt, — mehr schon in das Sachenrecht, wo den dinglichen Rechten an beweglichen Sachen der sechste Titel gewidmet ist — und am allermeisten selbstverständlich in das bisherige kantonale Obligationenrecht („Sachenrecht, zweites Hauptstück: Persönliche Rechte" des alten Kantonstheils und «des contrats, ou des obligations conventionnelles en général» des französischen Code civil, — sowie die handelsrechtlichen Gesetze des ganzen Kantons, des alten und des neuen Kantonstheils: Gesetz über Aktiengesellschaften vom 27. November 1860, Wechselordnung vom 3. November 1859 und französischer Code de commerce).

Außerdem wurden bei dieser Gelegenheit einzelne Satzungen des alten Kantons in die Aufhebungs-Clausel hereingezogen, welche, ohne gerade mit dem Bundesgesetz im Widerspruch zu stehen, aus den Grundsätzen desselben sich von selbst ergeben, wie die in Satz. 412 aufgestellte Pflicht zum Schadenersatze, die in Satz. 798 enthaltene Vorschrift über Preisbestimmung, Satz. 1026 und 1027 über das Aufhören von Rechten und Verbindlichkeiten durch den Tod der Person und Ablauf der Zeit, — inhaltlich nur eine allgemeine Verweisung enthalten, wie die

Digitized by Google

Satz. 685 bezüglich der Versicherungs- und Verpfründungsverträge, — keine aktuale Bedeutung mehr haben, wie die in Satz. 677 stehende Vorschrift, daß ein Fremder (nicht zu verwechseln mit fremden Corporationen, welche zu todter Hand erwerben) zum Erwerb des Eigenthums- oder Pfandrechts an einer unbeweglichen Sache die Fähigkeit von dem Regierungsrath erlangen müsse, — an sich nicht in ein Gesetz gehören, wie Begriffsbestimmungen (Satz. 797, 799 erster Satz und 927), — oder endlich anderwärts systematisch richtiger und formell besser geordnet werden können, wie das in Satz. 1016 bis und mit 1020 normirte Abrechnungsverfahren, das in den Prozeß zu verweisen ist.

An dieser Stelle sei auch noch erwähnt, daß das Gesetz über gemeinnützige Gesellschaften vom 31. März 1847 in Veranlassungsgrund und Zweck für die Zukunft hinfällig werden wird, da die unter dieses Gesetz fallenden Gesellschaften, als korporative Vereine, je nach dem Gesellschaftszweck und der Organisation, entweder als Aktiengesellschaften, Genossenschaften oder Vereine (Art. 612 ff., 678 ff. und 716 O.-R.) durch Eintragung in das Handelsregister oder, wenn ihr Zweck ein bleibender ist, durch Beschluß des Großen Raths nach Satz. 27 C. juristische Persönlichkeit erlangen können.

B. Aufhebung und Abänderung civilrechtlicher Bestimmungen für den alten Kantonstheil.

1. Durch das eidgenössische Obligationenrecht werden ohne Weiteres aufgehoben:

die Satzungen 212 und 225 von der Vertragsfähigkeit bevormundeter Personen (Art. 29 ff. O.-R.);

die Satz. 411, Ausschluß der Ersitzung von entwendeten Sachen (Art. 206 O.-R.);

die Satz. 431 bis und mit 433, Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen (Art. 199 ff. O.-R.);

die Satz. 731 bis und mit 739, von dem Aufbewahrungsvertrage (Art. 475 ff. O.-R.);

Digitized by Google

die Satz. 740 bis und mit 745, von dem Leihvertrage (Art. 321 ff. O.-R.);

die Satz. 746 bis und mit 764, von dem Darlehn (Art. 329 ff. O.-R.);

die Satz. 783 bis und mit 796, von der Bevollmächtigung und der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 392 ff., 422 ff. und 469 ff. O.-R.);

die Satz. 834 bis und mit 853, von dem Bestandvertrage (Art. 274 ff. und 296 ff. O.-R.);

die Satz. 854 bis und mit 869, von den beläftigenden Verträgen über Verdingung von Arbeiten (Art. 338 ff. und 350 ff. O.-R.);

die Satz. 870 bis und mit 894, von dem Gesellschaftsvertrage (Art. 524 ff., 552 ff. und 590 ff. O.-R.);

die Satz. 910 bis und mit 926, von der Bürgschaft (Art. 489 ff. O.-R.);

die Satz. 929, von dem Faustpfandvertrage (Art. 210 ff. O.-R.);

die Satz. 962 bis und mit 975, von dem Ersatze des Schadens, der durch rechtswidrige Handlungen verursacht worden (Art. 50 ff. O.-R.);

die Satz. 976 bis und mit 981, 983 bis und mit 992, 996 bis und mit 1011, 1013 bis und mit 1015, 1021, 1023 bis und mit 1027, handelnd von der Umänderung und von dem Aufhören der Rechte und Verbindlichkeiten, soweit mit den aufgehobenen „besondern Vertragsarten" zusammenhängend, — welche ersetzt sind durch Art. 97 ff. O.-R. (Zahlung, Verzug, Hinterlegung), 129 ff. (Erlöschen der Obligationen), Art. 183 ff. (Abtretung der Forderungen) und Art. 406 ff. (Anweisung);

die Satz. 1036 bis und mit 1038 und 1041 bis und mit 1043, von der „Ersitzung" persönlicher Rechte (Art. 146 ff. O.-R.);

die Satz. 674 bis und mit 684, 686, 690 bis und mit 713 und 720, handelnd „von den Verträgen überhaupt", soweit sie mit den aufgehobenen „besondern Vertragsarten" im Zusammenhange stehen (Art. 1 ff., 9 ff., 17, 18 ff., 29 ff., 77 ff.,

Digitized by Google

110 ff., 162 ff., 171 ff., 235 ff. und 243 ff. O.-R), sowie die materiellen Bestimmungen der Wechselordnung vom 3. November 1859, §§ 1 bis und mit 95 und 102 (Art. 720 ff. O.-R.).

2. Sodann werden durch das nämliche Bundesgesetz modificirt:

die Satz. 409 in Betreff der absoluten Vindikabilität beweglicher Sachen in Drittmannshänden (Art. 205 ff. O.-R.);

die Satz. 483 über Erwerbungsart und 487 über die Wirkung des Pfandrechts, soweit bewegliche Sachen betreffend (Art. 210 ff. O.-R.);

die Satz. 685 bezüglich des Verbots von Wette und Spiel (Art. 512 ff. O.-R.) und der allgemeinen Vorschrift über Leibrentenverträge (Art. 517 ff.);

die Satz. 816 in Betreff der Beschränkung des Wiederlosungsvorbehalts auf den Verkauf unbeweglicher Sachen, da der Kaufvertrag bei beweglichen Sachen ausschließlich durch das Bundesrecht normirt wird;

die Satz. 928, soweit verbotene Vorbehälte im Faustpfandvertrag betreffend (Art. 222 O.-R.);

die Satz. 1012 in Betreff der Amortisation von Schuldschriften (Art. 105 O.-R.);

die Satz. 1022, soweit sie von der Vereinigung als Erlöschungsgrund von Rechten handelt, die nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen sind (Art. 144 O.-R.), und endlich

die Satz. 1028 ff. in der Weise, daß die Begriffe von „Verjährung" als Erlöschungsgrund von Rechten und „Ersitzung" als Erwerbungsgrund von Sachen umgestellt werden mußten, damit die Terminologie in dieser Materie mit derjenigen des Bundesrechts übereinstimme (Art. 146 ff. O.-R.).

3. Neugestaltet wurden:

die Satz. 164, welche mit Art. 34 O.-R. zusammenhängt und nunmehr auch auf die unter elterlicher Gewalt stehende Tochter anwendbar ist, was offenbar der Lebensstellung des weiblichen Geschlechts in unsern gesellschaftlichen Verhältnissen entspricht;

Digitized by Google

die Satz. 515, handelnd von der Passivsolidarität unter Miterben, auf welche, im Interesse der Vereinheitlichung des Rechts, die Grundsätze des Bundesgesetzes über Solidarschulden (Art. 162 ff.) anwendbar erklärt wurden;

die Formvorschriften der Satz. 687, indem für Urkunden unter Privatunterschrift auf die Bestimmungen in Art. 12 und 13 O.-R. verwiesen, für notarielle Vertragsurkunden die Unterschriften aller Mitwirkenden in die von dem Notar aufzunehmende Urschrift (Concept), oder notarielle Beurkundung der Thatsache, daß eine Person nicht schreiben könne, vorgeschrieben wird; damit in Verbindung steht die Aufhebung des Handgelübdes an den Notar. Diese Abänderung in der Form der notariellen Urkunden erfolgte der Einheit des Rechts zu lieb, d. h. um auch hier die Grundsätze der Art. 12 und 13 O.-R. zur analogen Anwendung zu bringen. Damit jedoch der Uebergang von der bisher üblichen Gelübdsform zu derjenigen der Unterschriften sich nicht allzu schroff vollziehe und rechtsunförmige Stipulationen vermieden werden, setzt der Schlußparagraph der Vorlage eine Frist von 3 Monaten fest, während welcher jede der beiden Beurkundungsformen gleichmäßig Anspruch auf Rechtsförmigkeit hat;

die Satz. 1035, handelnd von der zwanzigjährigen Ersitzungsfrist gegen Staat, Gemeinden, Korporationen und bevormundete Personen, wurde auf diese Letztern beschränkt, indem kein stichhaltiger Grund vorliegt, um das Vorrecht der doppelten Ersitzungsfrist fernerhin zu Gunsten des Staats, der Gemeinden und Korporationen bestehen zu lassen;

die Satz. 1039, handelnd von der Verjährung persönlicher Rechte nach kantonalem Recht. Hier wurde die zwanzigjährige Frist zu Gunsten von Abwesenden, des Staats, Gemeinden, Korporationen und bevormundeten Personen aufgehoben, weil die genannten Persönlichkeiten ein derartiges Privilegium in dem, weitaus die meisten Verjährungsfälle beherrschenden Bundesgesetz ebenfalls nicht genießen. Die Verwirkung des Rechts bei unterlassener Anmeldung in einem amtlichen Güterverzeichniß gehört nicht in diese Materie und wurde daher weggelassen, — dagegen eine längere Verjährungsfrist, als sie das Bundesgesetz (Art. 257)

Digitized by Google

kennt, für Ansprüche aus der Gewährleistung wegen Mängel einer unbeweglichen Sache eingeführt und zwar nach Analogie des Art. 362 Absatz 2 O.-R., da hier nicht Rücksichten des Handelsrechts, sondern solche des gewöhnlichen bürgerlichen Verkehrs in Betracht fallen. Betreffend die Unterbrechung der Ersitzung und Verjährung wird auf die umfassenden Vorschriften des Bundesrechts verwiesen, womit ein weiterer Schritt zur Rechtseinheit gemacht wurde.

C. Aufhebung von Bestimmungen des französischen Civil- und Handelsgesetzbuches.

Die Redaktion dieses Theils der Gesetzesvorlage, in welcher überall auf den Inhalt der aufgehobenen sowohl, als der in Kraft verbleibenden Bestimmungen verwiesen wird, enthebt uns um so mehr einer eingehenderen Erörterung, als es sich dabei weder um Modifikationen, noch um Neugestaltungen des Gesetzestextes, sondern ausschließlich nur um Außerkraftsetzungen handelt. In dieser Thatsache zeigt sich denn auch, wie viel näher das neue Bundesrecht den Grundsätzen des Code civil, als denjenigen des alt bernischen Rechts steht und wie viel leichter sich in Folge dessen alle Rechtsverhältnisse in dem Herrschaftsgebiet des französischen Civilrechts der neuen Ordnung der Dinge anzuschmiegen vermögen werden, als dieß im alten Kantonstheil der Fall sein kann.

3. Die ergänzende Anwendung des Bundesrechts.

Nach Mitgabe der gegenwärtigen Vorlage verbleiben an kantonalen Rechtsmaterien aus dem Gebiete des Obligationenrechts in Kraft:

A. **Im alten Kantonstheil:**

der Schenkungsvertrag, Satz. 721 bis und mit 730;

der Kauf- und Tauschvertrag, Satz. 799 zweiter Satz, bis und mit 833, soweit er unbewegliche Sachen zum Gegenstande hat, und mit Ausnahme der später zu erwähnenden Satz. 808 bis und mit 810;

Digitized by Google

der Erbvertrag, Satz. 895 bis und mit 909;

der Pfandvertrag, Satz. 928, 930 bis und mit 958, so weit es sich um Grundpfandrechte handelt, — mit den seitherigen Gesetzen über einige Abänderungen in der Hypothekargesetzgebung vom 8. August 1849 und über die Hypothekarkasse vom 18. Juli 1875;

die Abtretung von grundpfändlich versicherten Forderungen, Satz. 982;

die Ueberbünde, Satz. 993 bis und mit 995;

Amortisation eines Pfandbriefes, Satz. 1012;

Vereinigung als Erlöschungsgrund hypothekarisch versicherter Forderungen, Satz. 1022;

die Ersitzung als Erwerbungsgrund dinglicher Rechte an Sachen, Satz. 1028 ff.

B. Im Jura:

Vorerst die in der Gesetzesvorlage ausdrücklich als vorbehalten aufgezählten Vertragsarten, soweit sie Liegenschaften oder liegenschaftliche Rechte zum Gegenstand haben, und einzelne Bestimmungen, die mit andern Materien des Code civil im Zusammenhang stehen. Sodann ferner:

der Ehevertrag, Art. 1387 bis und mit 1581;

die Viehpacht, allgemeine Bestimmungen, einfache Viehpacht und Viehpacht zur Hälfte, Art. 1800 bis und mit 1820 (vergl. Art. 320 O.-R.).

die gesetzliche und gerichtliche Bürgschaft, Art. 2040 bis und mit 2043;

der Pfandnutzungsvertrag, Antichrese, in Art. 2085 bis und mit 2091;

die Privilegien und Hypotheken, Art. 2092 bis und mit 2203, mit Ausnahme der in § 14, Ziff. II, litt. q, der Vorlage erwähnten Privilegien.

Es entstund nun für uns die Frage, ob die allgemeinen Vertragsbestimmungen des kantonalen Rechts mit Rücksicht auf diese übrig gebliebenen einzelnen Vertragsarten beibehalten, oder aber

Digitized by Google

durch diejenigen des eidgenössischen Obligationenrechts ersetzt werden sollten. Die Aufrechterhaltung des kantonalen Rechts in dieser Materie hätte zur Folge gehabt, daß bei vielen Rechtsgeschäften, — wir erinnern ganz besonders an den Kaufvertrag, — wo gleichzeitig bewegliche und unbewegliche Sachen den Gegenstand des Geschäftes bilden, alle die Fragen über Vertragsabschluß, Willensmängel, Vertragsfähigkeit, Erfüllung, Folgen der Nichterfüllung, Gewährleistung, Bedingungen, Solidarität u. s. w. zwei verschiedenen Gesetzgebungen unterstellt wären, was sicher nicht zur Vereinfachung des Rechts, sondern nur zur größern Verwirrung führen müßte.

Unter diesen Umständen und nachdem wir uns überzeugt, daß Nachtheil keiner zu gefahren und nur Vortheil zu erringen sei, haben wir uns entschlossen, die allgemeinen Bestimmungen über die Verträge aufzuheben und durch diejenigen des Bundesgesetzes zu ersetzen, soweit sich Ausnahmen nicht aus der Vorlage selbst ergeben. Ein Gleiches geschah mit den Satz. 808 bis und mit 810 des alt-bernischen Rechts, welche von den Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers handeln (vgl. Art. 232 ff. und 260 ff. O.-R.).

Mit diesen erläuternden Bemerkungen unterstellen wir nunmehr die Gesetzesvorlage Eurem souveränen Entscheid. Die Annahme derselben sichert die sofortige, regelmäßige Funktion des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, verhindert so weit als möglich eine sonst drohende Rechtsverwirrung und bereitet den Boden vor zur Vereinheitlichung des Privatrechts. Die Verwerfung derselben hat nach allen drei Richtungen entgegengesetzte Folgen.

Wir empfehlen Euch, werthe Mitbürger, die Annahme der Vorlage.

Digitized by Google

Zur Einführung des Handelsregisters im Kanton Bern.

I.

Kreisschreiben der Justizdirektion des Kantons Bern an sämmtliche Amtsgerichtsschreiber.

Vom 12. Januar 1883.

1. Der Unterzeichnete konnte sich anläßlich vorkommender Fälle überzeugen, daß die Bedeutung des Art. 865 O.-R. nach einer Richtung hin ungenau aufgefaßt wird und beeilt sich, zur Verhinderung unrichtiger Eintragungen in das Handelsregister, Ihnen hierüber folgende Auskunft zu ertheilen.

Diese Gesetzesstelle behandelt im Grunde genommen zwei verschiedene Materien, die zur Verdeutlichung der Sache hätten auseinander gehalten, die eine unter Ziffer I, Handelsregister, Art. 859 ff. und nur die Andere unter Ziffer II, Geschäftsfirmen, Art. 865, untergebracht werden sollen, nämlich:

In den Absätzen 1 und 4 ist, wie Sie wissen, gesagt, welche Personen sich in das Handelsregister eintragen lassen können und welche sich eintragen lassen müssen, Beides veranlaßt durch die in Art. 720 aufgestellte Unterscheidung bezüglich der formalen Wechselstrenge. Damit nämlich eine Wechselverpflichtung, ausgehend von einer Person, die ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, im Wechselverkehr ohne Weiteres als der strengen Wechselexekution unterstellt, angesehen und behandelt werden dürfe, ist die obligatorische Einschreibung solcher Personen im Handelsregister vorgeschrieben worden, im Gegensatz zu allen andern vertragsfähigen Personen, gegen welche die strenge Wechselexekution nur Platz greift, wenn dieselben sich aus freien Stücken in das Handelsregister eintragen lassen. Für die erstgenannte Kategorie gilt das „Hauptregister A", in das auch alle

Digitized by Google

Gesellschaftsarten und Prokuraertheilungen einzutragen sind, für die Zweite das „besondere Register B".

Die Absätze 2 und 3 dagegen behandeln die Eintragung von Geschäftsfirmen der gewerbetreibenden Personen. Diese Eintragungen sind für den Einzelgewerbsmann nicht obligatorisch, selbst nicht im Falle des Absatz 4; dieselben erfolgen nämlich wesentlich zu dem Zwecke, um den im weitern Verlauf dieses Gesetzesabschnittes normirten Firmenschutz zu erlangen. In dieser Beziehung ist es denkbar, daß Jemand die Eintragung seiner Firma anbegehrt, der keineswegs zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet ist, wie z. B. ein Photograph, Handwerker u. dgl., der ein Interesse am gesetzlichen Schutz seiner Geschäftsfirma zu haben vermeint. Anders verhält es sich dagegen mit den verschiedenen Gesellschaftsarten, weil hier die gemeinsame Firma zum Wesen der Gesellschaft gehört und deßhalb eine Eintragung der Gesellschaft ohne gleichzeitige Eintraguug der Firma undenkbar wäre. Ueberall aber, wo die Eintragung einer Firma Seitens von gewerbetreibenden Personen verlangt wird, hat sie in das „Hauptregister A" zu erfolgen.

Nach diesen, aus dem frühern Wortlaute der betreffenden Gesetzesstelle im Fik'schen Entwurfe und den Verhandlungen der gesetzgebenden Räthe geschöpften Erörterungen werden Sie mit mir darin einig gehen, daß die Absätze 1 und 4 logisch richtiger in dem Abschnitte I, von den Handelsregistern, die Absätze 2 und 3 dagegen einzig an ihrem jetzigen Orte, in Art. 865, einzuordnen gewesen wären. Immerhin hielt ich mich für verpflichtet, Ihnen diese Aufschlüsse über den in mehrfacher Beziehung dunklen Sinn des Art. 865 geben zu sollen, nachdem ich unrichtige Auffassungen hierüber konstatiren mußte.

2. Im Auftrage des h. Bundesrathes weist Sie die Justizdirektion an, der Redaktion des Handelsamtsblattes von den Eintragungen je eines Tages spätestens am nächstfolgenden Tage die zur Veröffentlichung bestimmten Auszüge zu übermitteln, damit der regelmäßige Gang der Veröffentlichung der Registereinträge im Handelsamtsblatt ermöglicht werde.

Digitized by Google

3. In Ausführung eines Beschlusses der versammelten Amtsgerichtsschreiber erhalten Sie die nöthige Anzahl Imprimate zu Schreiben an die Einwohnergemeinderäthe Ihres Amtsbezirks, in welchen an der Hand eines Entwurfes zu der bundesräthlichen Verordnung eine Aufzählung derjenigen Gewerbe zu geben versucht wird, die, wenn von Einzelpersonen betrieben, zur Eintragung in das Handelsregister verpflichten. *)

4. Endlich ersuche ich Sie, die erlassenen Kreisschreiben und Weisungen in einzelnen Fällen sorgfältig zu sammeln und fleißig zu Rath zu ziehen, damit sich möglichst rasch eine gleichmäßige und korrekte Praxis in dieser uns neuen Materie ausbilde und konsolidire.

II.

Das von dem Bernervolke am 31. Dezember letzthin angenommene Einführungsgesetz zum schweizerischen Obligationenrecht überträgt mir die Führung des Handelsregisters für den hiesigen Amtsbezirk und legt mir die Pflicht auf, darauf zu achten, daß alle Betheiligten des Bezirks, welche zur Eintragung in das Handelsregister gesetzlich verpflichtet sind, diese Eintragung vornehmen lassen.

Zur Eintragung verpflichtet sind:

1. Kollektivgesellschaften, d. h. Vereinigungen von zwei oder mehreren Personen mit unbeschränkter Haftbarkeit, welche unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 552 O.-R.).

2. Kommanditgesellschaften, d. h. Vereinigungen von zwei oder mehreren Personen, von denen wenigstens eine unbeschränkt, die andern nur bis zum Betrage einer bestimmten Vermögenseinlage haften, zum Betriebe eines der sub Ziffer 1 oben bezeichneten Gewerbe unter gemeinsamer Firma (Art. 590 O.-R.).

---

*) Siehe dieses Kreisschreiben unter II. hienach.

Digitized by Google

3. Alle Arten von Aktiengesellschaften (Art. 612 O.-R.).

4. Kommanditaktiengesellschaften, d. h. Vereinigungen, bei welchen einzelne Mitglieder persönlich haften und die weitere Vermögenseinlage in Aktien zerlegt ist (Art. 676 O.-R.).

5. Genossenschaften, d. h. Personenverbände, welche, ohne unter eine der oben aufgezählten Gesellschaftsarten zu fallen, gemeinsame Zwecke des wirthschaftlichen Verkehrs verfolgen, wie namentlich: Produktivgenossenschaften, Konsumvereine, Ersparnißkassen, Vorschuß- und Kreditvereine, Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder, gegenseitige Versicherungsanstalten, Krankenkassen u. s. w. (Art. 678 O.-R.).

6. Alle Personen, die ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 865, Absatz 4, O.-R.). Hier fällt in Betracht namentlich der gewerbsmäßige Betrieb folgender Geschäfte:

a) Der Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren oder andern beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder andern für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern, gleichgültig, ob die Waaren oder andern beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Verarbeitung weiter veräußert werden sollen (Großhandelsleute, Krämer und Fabrikanten).

Gewerbe dieser Art, welche nur einen geringen Jahresumsatz aufweisen, werden indessen kaum der Eintragungspflicht unterliegen;

b) die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter litt. a bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft.

Auch hier gilt die obenerwähnte Einschränkung bezüglich des Umfangs des betreffenden Gewerbes;

c) die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie;

d) die Unternehmungen zur Beförderung von Gütern, immerhin in dem Verstande, daß auch hier das Gewerbe einen gewissen Umfang annehme und nicht z. B. jeder Bote

Digitized by Google

ohne weiteres als eintragungspflichtig angesehen werden kann;

e) die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, d. h. wenn der Uebernehmer die Bearbeitung oder Verarbeitung dieser Sachen nicht selbst besorgt, sondern durch angestellte Arbeiter besorgen läßt;

f) die Bankier- oder Geldwechslergeschäfte;

g) die Geschäfte des Kommissionärs und Spediteurs;

h) die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb nicht nur ein handwerksmäßiger ist;

i) die Vermittlung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen.

Damit der Unterzeichnete der ihm gewordenen Aufgabe nachzukommen vermöge und Säumige an die Erfüllung ihrer Pflichten mahnen könne, wendet er sich, im Einverständniß mit der Justizdirektion, an Sie, Tit., und ersucht Sie um Zustellung eines Verzeichnisses derjenigen in Ihrer Gemeinde befindlichen Gesellschaften und Personen, welche unter eine der oben aufgezählten Kategorien fallen oder sonst nach Ihrer Ansicht zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet sind.

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Jahrgang 1882. — Fortsetzung.

30. Frage des Eigenthumsübergangs an einem Waarenlager. — Ungültigkeit des Verkaufs wegen Verkürzung der Gläubiger. — Unterlassung, den Kostenvorschuß an den Massaverwalter zu leisten (§ 566 V.-V.) begründet keine Einrede des Beklagten.

Heller (Bekl.) c. Masse im Geltstag Berger (Klägerin).

21. April 1882.

Vgl. Ztschr. Bd. XVII, S. 56, und die dortigen Citate; ferner S. 305, S. 466 eod.

Am 14. Mai 1880 schloß der Sattler S. Berger mit dem Goldarbeiter Heller (beide in Bern) einen schriftlichen Vertrag ab, dem die Ueberschrift „Abtretungs- und Dienstvertrag" gegeben wurde. Ueber den Inhalt desselben enthält das Urtheil folgende, wohl etwas lückenhafte Angaben: „In demselben anerkennt Berger, daß er dem Heller für unter verschiedenen Malen baar geliehenes Geld, eingelöste Verbindlichkeiten, und Zinsen davon, nach der heute zwischen ihnen stattgefundenen Ausrechnung, eine Summe von Fr. 2553 schuldig geworden sei. Als Zweck des Vertrages ist darin angegeben: zur Sicherstellung dieser Schuldsumme sammt allfälligen Folgen trete Berger dem Heller folgende in seiner Werkstätte befindlichen Waaren und Gegenstände zu den beigesetzten Preisen zum Eigenthum ab, nämlich: — hier folgt nun die Spezifikation einer Reihe von Waaren und Gegenständen, denen die Parteien einen Werth beilegen von Fr. 2607. 30. — Ueber die Traditionsform in Betreff der Vertragsgegenstände wird von den Zeugen Christ. Sch., Coiffeur, und Sl. S., Zügler, bescheinigt, daß die sämmtlichen hier aufgezählten Gegenstände heute in ihrer Gegenwart von Berger dem Heller von Hand zu Hand übergeben worden seien. Am Schlusse des Vertrages sagen Parteien, daß zur besseren Verwerthung dieser Gegenstände dieselben wieder in die von Berger gemiethete Werkstätte zurücktransportirt worden seien und daß der Sohn Heller die Hütung und Aufsicht darüber

Digitized by Google

übernehme; ebenso die spezielle Verpflichtung, dieselben nach besten Kräften zu verkaufen und den Erlös dem Vater Heller abzuliefern, worüber nach Uebereinkommen und Bedürfniß eine Rechnung aufgestellt werden solle oder könne." *) Schon unter dem 1. Mai 1880 hatte Berger den Miethvertrag über die Werkstätte, in welcher sich die fraglichen Sachen befanden, mit Einwilligung des Vermiethers auf Heller übertragen.

Nun war Berger zur Zeit des Vertragsabschlusses von verschiedenen Seiten betrieben; am 10. Juni 1880 erfolgte die provisorische, am 24. August gl. J. die definitive Erkenuung des Geltstags. In die Masse fiel kein Vermögen. Eine Anzahl Gläubiger beschloß daher, obigen Vertrag anzufechten. Der Massaverwalter ließ infolge dessen dem Heller eine sachbezügliche Klage zustellen; dieser erhob aber ein Zwischengesuch, behauptend, der Massaverwalter sei zum Prozesse nicht legitimirt, weil die Gläubiger der unter Präklusionsfolge übernommenen Verpflichtung zur Leistung eines Kostenvorschusses (§ 566 V.-V.) nicht nachgekommen seien. Nachdem er mit diesem Zwischengesuche abgewiesen worden, verwendete er dieselben Thatsachen zur Begründung einer peremptorischen Einrede. — Einläßlich bestritt der Beklagte namentlich seine Kenntniß von dem Vermögenszustande Heller's und behauptete, das Magazin sammt den Schlüsseln dazu sei ihm von Heller förmlich übergeben worden u. s. w. — Aus dem 5. und letzten Klagbegehren geht übrigens hervor, daß Heller über einen Theil der streitigen Sachen durch Veräußerung verfügt hatte. — Das Urtheil erster Instanz fiel indeß zu seinen Ungunsten aus und wurde oberinstanzlich bestätigt mit folgenden

Erwägungsgründen:

a. Betreffend die peremptorische Einrede.

Die peremptorische Einrede des Beklagten Heller stützt sich auf die Behauptung, daß die Geltstagsgläubiger des Berger durch die Unterlassung, rechtzeitig den Prozeßkostenvorschuß an den Massaverwalter zu leisten, auf die Durchführung des gegen ihn, den Beklagten angehobenen Prozesses verzichtet haben.

Nun könnte aber, selbst angenommen, es liege wirklich ein Verzicht vor, dieser Umstand nicht zur Begründung einer unein-

*) Wo, wie im vorliegenden Fall, der Wortlaut einer Urkunde von entscheidender Bedeutung für den Prozeß ist (vide Motive), sollte dieselbe immer in extenso in den Thatbestand aufgenommen werden. Red.

Digitized by Google

läßlichen Antwort dienen, weil dieser Verzicht nicht dem Beklagten gegenüber und nicht um das streitige Verhältniß zu demselben zu reguliren, erklärt worden wäre, mithin nicht als eine Beseitigung des Streites im Sinne des § 146, Ziff. 3 P. erscheinen würde. Von einem Verzichte kann indeß keine Rede sein, indem die Bestimmung hinsichtlich der Leistung des Prozeßkostenvorschusses ein Abkommen ist, welches die Gläubiger, die den Prozeß anzuheben beschlossen, unter sich und zu Handen des sie vertretenden Massaverwalters getroffen haben; demnach kann die Frage, ob der betreffende Kostenvorschuß gehörig geleistet worden ist, einzig die interessirten Gläubiger und den Massaverwalter berühren. Die peremptorische Einrede ist daher weder formell noch materiell begründet.

b. Betreffend die Hauptsache:

Der zwischen dem Geltstager Berger und dem Beklagten unterm 14. Mai 1880 abgeschlossene sog. Abtretungs- und Dienstvertrag wird von der Klägerschaft in doppelter Hinsicht angefochten. Einerseits wird nämlich geltend gemacht, das Eigenthumsrecht an den abzutretenden Beweglichkeiten sei nicht auf rechtsverbindliche Weise auf den Beklagten übergegangen; andrerseits wird behauptet, es seien mit Bezug auf den genannten Vertrag alle Voraussetzungen der actio pauliana vorhanden, und derselbe sei daher für die Geltstagsgläubiger des Berger unverbindlich.

Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so ergibt es sich aus dem Resultate der Beweisführung zur Evidenz, daß es sich in casu um ein bloßes constitutum possessorium handelt, welches nach §§ 503 und 570 B. B. den Geltstagsgläubigern gegenüber nicht berücksichtigt wird. Es fehlt gerade dasjenige Moment, welches in wiederholten Entscheiden des Appellations- und Kassationshofes als unerläßlich hingestellt wurde, damit der Uebergang des Eigenthums an Gegenständen, die dem Geltstager gehörten, als erfolgt angenommen werden dürfe, daß nämlich dieser Eigenthumsübergang für jeden Dritten äußerlich wahrnehmbar sei. Die fraglichen Beweglichkeiten blieben immerfort am gleichen Orte, wo sie früher waren, im faktischen Besitze des Berger, und die Berührung einzelner derselben mit der Hand Seitens des Beklagten konnte an diesem Verhältniß nichts ändern und die wirkliche Tradition nicht ersetzen. Schon aus diesem Grunde müßten demnach die Geltstagsgläubiger des Berger als berechtigt angesehen werden, die betreffenden Gegenstände zur Masse zu ziehen. Es sind aber auch die Voraussetzungen der Paulianischen Klage im vorliegenden Falle gegeben. Zur Zeit, wo Berger den Vertrag

Digitized by Google

vom 14. Mai 1880 mit Heller abschloß, war er konkursmäßig, und hatte offenbar die Absicht, die in jenem Vertrage aufgezählten Beweglichkeiten vor einer Pfändung bezw. vor einer späteren ad massam-Ziehung zu sichern und auf diese Weise seine Gläubiger zu benachtheiligen. Durch diese Manipulation des Berger ist denn auch wirklich für seine Geltstagsgläubiger ein Schaden insofern eingetreten, als kein Vermögen in die Masse fiel, während die Forderung des Beklagten durch den Schatzungswerth der abgetretenen Gegenstände mehr als gedeckt wurde. Schwieriger ist allerdings die Beantwortung der Frage, ob der Nachweis als erbracht zu betrachten sei, daß der Beklagte davon Kenntniß hatte oder doch haben konnte, daß eine Benachtheiligung der Gläubiger des Berger beabsichtigt sei. In dieser Beziehung dürfte allerdings das Beweisresultat etwas bestimmter sein, allein in Würdigung aller Umstände des Falles wird man doch nicht umhin können, anzuerkennen, daß Heller bei einiger Aufmerksamkeit einsehen mußte, es handle sich um kein reelles Geschäft. Schon das Faktum an und für sich erscheint verdächtig, daß ein Schuldner seinem Gläubiger nicht dasjenige leistet, was er zu leisten verpflichtet ist, und daß er als Berufsmann durch Abtretung an Zahlungsstatt sich alles dessen entäußert, was ihm den Fortbetrieb seines Geschäfts ermöglicht. Sodann ist der Abtretungs- und Dienstvertrag vom 14. Mai 1880 so verschwommen abgefaßt, daß nicht recht ersichtlich ist, ob Berger dem Beklagten wirklich das Eigenthum an den in Rede stehenden Beweglichkeiten übertragen wollte, oder ob nicht vielmehr ein Faustpfandsvertrag zur Sicherung der Forderung des Heller in der Intention der Parteien lag. Ueberhaupt macht der fragliche Vertrag, sowie er abgefaßt ist, ganz den Eindruck einer Machenschaft, und es ist denn auch bezeichnend, daß darin gesagt wird, die betreffenden Gegenstände seien dem Beklagten tradirt und hierauf *wieder* in die von Berger gemiethete Werkstätte *zurücktransportirt* worden, während dieselben in Wirklichkeit niemals aus der genannten Werkstätte gelangt sind. Endlich hat auch der Beklagte an Zahlungsstatt Gegenstände erhalten, deren Gesammtschatzungswerth den Betrag seiner Forderung — wenn auch nicht bedeutend — übersteigt. Er mußte daher einsehen, daß er durch den angefochtenen Vertrag zum Nachtheil der übrigen Gläubiger des Berger besser gestellt werde, als wenn er wirkliche Zahlung erhalten hätte. Der Abtretungs- nnd Dienstvertrag vom 14. Mai 1880 ist demnach als in fraudem creditorum abgeschlossen gerichtlich zu kassiren.

Das erste und zweite Klagsbegehren der Geltstagsmasse Berger erscheinen mithin sowohl von dem Standpunkte der §§ 503

Digitized by Google

und 570 B.-B. als von demjenigen der actio Pauliana aus als begründet. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerschaft den Werth der unbefugt veräußerten Gegenstände zu ersetzen, wie dies im vierten Klagsbegehren verlangt wird.

31. Einspruch gegen Gantsteigerung. — Versäumung von Fristen für Einspruch im Vollziehungsverfahren begründet keine peremptorische Einrede. — Betreibung gegen den dritten Erwerber der Pfandsache. — Bedeutung des § 557 B.-B.

Schneider c. Wittwe Bucher u. Mith.

21. April 1882.

Vgl. Ztschr. XVII, S. 425; XVIII, S. 329.

Wittwe Bucher und Amtsnotar Brügger ließen für eine Forderung von Fr. 15,000 eine Liegenschaft ihres Schuldners Hubler pfänden. Dieser verkaufte hierauf die Liegenschaft an Nikl. Schneider. Die im Mai 1881 angeordnete Gantsteigerung wurde Letzterm vor der Abhaltung gehörig zur Kenntniß gebracht und am 19. Mai wirklich abgehalten. Mittlerweile scheint Schneider bevogtet worden zu sein; denn im Juli gl. J. lud dessen Vogt die betreibenden Gläubiger zur Kassation des Gantverfahrens vor den Richter. Das Weitere ergibt sich aus nachstehenden, den Kläger abweisenden

Erwägungsgründen:

Nach constanter Gerichtspraxis wird die Frage, ob im Vollziehungsverfahren eine Versäumung der dort vorgesehenen Fristen stattgefunden habe, in einläßlicher Weise erörtert, so daß die Beurtheilung der vorliegenden peremptorischen Einrede mit derjenigen der Hauptsache zusammenfällt. Nun ist eine Nothfrist vom Gesetze nur für den Fall vorgesehen, wenn gegen den Vollziehungsbefehl nachträglich Widerspruch erhoben werden soll (§ 450. B.-B.), nicht aber da, wo die Fortsetzung der Betreibung aus anderweitigen Gründen zu verhindern gesucht wird (§ 453 B.-B.). Das Kassationsbegehren des Impetranten ist daher keineswegs verspätet angebracht.

Der Kassationskläger stützt sich einerseits darauf, daß die Gantsteigerung über die dem Jakob Hubler gepfändeten Gegenstände

Digitized by Google

am 19. Mai 1881 abgehalten worden sei, ohne daß gegen ihn, der mittlerweile die Liegenschaften von Hubler erworben hatte, eine neue Betreibung eingeleitet worden wäre, sowie andrerseits auf den Umstand, daß Hubler vor Abhaltung der Steigerung das Geltstagsprovisorium angerufen habe, wodurch nach Vorschrift des § 557 V.-V. alle Betreibungsmaßregeln gegen denselben sistirt worden seien.

Beide Einwendungen sind indeß unstichhaltig. Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so wurde schon wiederholt, namentlich mit Rücksicht auf § 487 V.-V. entschieden, daß, wenn Liegenschaften des Schuldners im Verlaufe der Betreibung in andere Hände übergehen, gegen den neuen Erwerber die Betreibung nicht wieder von vorn angehoben zu werden braucht, sondern daß dieselbe in demjenigen Stadium gegen ihn fortgesetzt werden kann, in welchem sie sich zur Zeit der erfolgten Handänderung befand (Urtheil vom 4. November 1881 in Sachen Gerber gegen Stucki). Es genügte daher, dem Impetranten die Abhaltnng der Gantsteigerung rechtlich zu notifiziren. Der § 557 V.-V. sodann, auf welchen sich der Kassationskläger im weitern beruft, hat nur Bezug auf solche Betreibungsmaßregeln, welche entweder gegen das Vermögen oder die Person des Schuldners direkt gerichtet sind, was hier nicht der Fall ist, indem der Gegenstand der Betreibung nicht ein Vermögenstück des Schuldners, sondern dasjenige eines Dritten bildet. Unter den gegen die „Person" des Schuldners gerichteten Vollziehungsmaßregeln, welche der § 557 V. V. den gegen das „Vermögen" des Schuldners gerichteten gegenüberstellt, können nach den Vorschriften des Vollziehungsverfahrens einzig und allein die in den §§ 627—642 vorgesehenen — nunmehr aufgehobenen — Maßnahmen begriffen sein, in Betreff welcher denn auch ausdrücklich in § 636, Z. 3 der Geltstag des Schuldners als Auflösungsgrund erwähnt wird.

32. Pfandrecht für eine künftige Forderung. — Der Regreßanspruch eines Bürgen gegen seine Mitbürgen entsteht erst nach geleisteter Zahlung.

Schwob c. Bigler.

27. April 1882.

Die Volksbank in Bern hatte dem Wirth und Metzgermeister Flückiger in Biel Fr. 20,000 dargeliehen gegen eine Pfandobligation,

Digitized by Google

welcher B. Schwob (der heutige Kläger), J. Kull, J. Nikles und J. Schär als solidarische Bürgen beitraten. Die beiden Erstgenannten, Schwob und Kull, hatten im Verein mit andern noch verschiedene anderweitige Bürgschaften eingegangen und es ließ sich nun Schwob nebst einigen Andern im Jahre 1879 von Kull, der in Vermögensverfall gerathen war, eine Kaufbeile verpfänden, welche über eine Forderung von Fr. 7352 auf die Pfandnehmer selbst als Schuldner lautete, und welche den letztern zur Sicherheit dienen sollte für den Fall, daß sie in Folge Einlösung von Bürgschaftsschulden einen Regreßanspruch gegen Kull erwerben würden (!). Nun fiel im Jahre 1880 Flückiger in Geltstag. Die Volksbank blieb mit einem Betrag von Fr. 5147 ungedeckt und griff auf Schwob und Kull, welche einzig noch aufrecht stehend waren. Allein auch über Kull brach der Geltstag aus. In diesem Geltstag machte nun Schwob das Pfandrecht an der oben erwähnten Kaufbeile geltend und gab eine Forderung ein, in dem Betrage des dem Kull zur Last fallenden Antheils an der Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Volksbank. Durch den Klassifikations- und Vertheilungsentwurf abgewiesen, erhob er Einspruch gegen denselben, lud den auf fragliche Kaufbeile angewiesenen Gläubiger C. Bigler vor den Richter und verlangte Anweisung für seine eventuelle Regreßforderung. Er wurde erstinstanzlich abgewiesen und dieses Urtheil vom Appellations- und Kassationshof bestätigt, gestützt auf nachstehende

Erwägung:

Der Anspruch des Schwob, im Geltstage des Jakob Kull für Fr. 2573. 75 in Klasse III a fruchtbar angewiesen zu werden, gründet sich darauf, daß Schwob genöthigt sein werde, als Mitbürge des Kull, für den Letztern diese Summe an die im Geltstage Flückiger in Klasse V zur Geduld verwiesene Volksbank Bern zu bezahlen, und daß ihm zur Sicherstellung seines Regresses gegenüber Kull, falls er für denselben werde bezahlen müssen, laut Faustpfandsvertrag vom 23. Juli 1879 gemeinsam mit den beiden andern Bürgen Chipot und Schneider eine auf sie als Schuldner lautende Kaufbeile vom gleichen Tage eingesetzt worden sei. Nun hat aber Schwob noch gar nicht Zahlung geleistet, sondern es steht bloß in Aussicht, daß er für den Bürgschaftsantheil des Kull gegenüber der Volksbank werde einstehen müssen. Ein Regreßanspruch des Schwob gegenüber Kull ist daher noch gar nicht entstanden, indem nach Satz. 695 C. nur derjenige, der für einen andern bereits bezahlt hat, seinen Rückgriff auf denselben nehmen kann. Der Einspruchskläger ist somit nicht

Digitized by Google

berechtigt, im Geltstage des Mitbürgeu Kull Anweisung zu verlangen, weil er gegenwärtig noch keinerlei Forderung an denselben zu stellen hat.

33. Weidegerechtigkeit auf Privatgrundstücken als burgerliches Nutzungsrecht. — Ersetzung derselben durch eine Auflage — sog. Weidgeld — der ausburgerlichen Liegenschaftsbesitzer. — Unvordenkliches Herkommen ersetzt den Titel.

Burgergemeinde Oberbipp c. Lanz.

27. April 1882.

Der vorliegende, in mehr als einer Beziehung interessante Rechtsstreit, vom Appellations- und Kassations-Hof unmittelbar und zwar in der Hauptsache zu Gunsten der Klägerin entschieden, drehte sich um folgende Klagbegehren der Burgergemeinde Oberbipp, Amts Wangen:

„1. Der Beklagte soll anerkennen, es stehe der Klägerin ein Weidrecht auf den Wiesen, Feldern und Allmenden des Gemeindebezirks Oberbipp zu, resp. die Klägerin sei im Besitze eines Weidrechts auf den gedachten Liegenschaften des Gemeindebezirks Oberbipp;

2. der Beklagte soll, soweit es ihn betrifft, anerkennen, die Klägerin sei nach Mitgabe ihres Reglements über die Abstellung der Brach- und Gemeindeweiden befugt, von den Landbesitzern im Gemeindebezirk Oberbipp, welche nicht nutzungsberechtigte Burger von Oberbipp sind, für die einstweilen abgestellte Brach- und Gemeindeweide eine Entschädigung (Weidgeld) von Fr. 1. 15 per Jucharte Mattland und 57 Cts. per Jucharte Ackerland per Jahr zu fordern, solange das Weidrecht nicht in natura ausgeübt, resp. das bestehende Reglement nicht abgeändert werde;

3. der Beklagte ist deßhalb schuldig, von seinen im Gemeindsbezirke Oberbipp liegenden Grundstücken an Weidgeld pro 1875, 1876, 1877 und 1878 Fr. 17. 08 zu bezahlen;

Eventuell:

4. der Beklagte ist schuldig, soweit es ihn betrifft, anzuerkennen, die Klägerin sei befugt, auf den Liegenschaften im Gemeindsbezirk Oberbipp die Brach- und Gemeindeweide wieder, wie vor dem Jahre 1807, in natura ausüben zu lassen."

Digitized by Google

Diese Klage (vom 31. Juli 1879) beruhte auf folgenden Anbringen: Die Burgergemeinde Oberbipp habe „von Alters her“ auf den Feldern, Wiesen und Allmenden des Gemeindebezirks Oberbipp ein Weidrecht unter dem Namen Brach- und Gemeindeweide ausgeübt, und zwar bis 1807 in natura, und seither „durch den Bezug eines jährlichen Weidgeldes für das sistirte Weidrecht.“ Als älteste urkundliche Spur hievon wurde angeführt ein Schiedspruch von Simon Judä des J. 1577, durch welchen die „Herrschaftsleute“ der Vogteien, resp. Herrschaften Falkenstein, Bechburg, Aarwangen und Bipp hinsichtlich einer gegenseitigen Feldfahrt, „zwischen der Lebern und Aare“ auseinandergesetzt wurden, in der Weise, daß „jeder Theil fürohin mit gehörntem und ungehörntem Vieh, großem und kleinem Gut, der gemeinen Feldfahrt halb, auf *seiner* Herrschaft Grund und Boden bleiben solle.“ *) Im Jahre 1806 nun habe die Gemeinde die Brach- und Gemeindeweide auf eine Probezeit von 12 Jahren eingestellt und verfügt, daß diejenigen Grundbesitzer von Oberbipp, welche nicht zugleich als Ortsburger das Weidrecht mitzubenutzen hatten, als Gegenwerth für das Weidrecht ein jährliches Weidgeld in den Gemeindeseckel zu entrichten hätten. Dieser urkundlich nicht mehr nachweisbare Beschluß sei erneuert worden durch obrigkeitlich genehmigtes Reglement vom 3. November 1819 „in Betreff der Brach- und Gemeindeweide“, wodurch beschlossen wurde: Alles Gemeinweiden in Matten, Feldern, Holz und Allmend wiederum auf eine Probezeit von 15 Jahren abzustellen und in Bezug auf die Benutzung und die daherigen Entschädnisse auf Genehmignng der h. Regierung folgendes Reglement festzusetzen und sich zur Befolgung desselben um die hochoberkeitliche Sanktion zu bewerben: 1) Soll jeder Hintersäß und Außere, welcher innert der Einung Oberbipp Land besitzt, als Weidgeld von jedem Maad Matten acht Batzen und von jeder Jucharte Ackerland 4 Batzen alljährlich in den Gemeindeseckel von Oberbipp bezahlen. — Diese Beschlüsse wurden mit unwesentlichen Abänderungen erneuert: im Jahre 1835 (sonderbarer Weise durch die „Einwohnergemeinde“) auf 16 Jahre, bis 1850; dann im Jahre 1852, wobei die Burgergemeinde verhandelt und festsetzt, es solle die Brach- und Gemeindeweide auf solange abgestellt bleiben, bis sie es für zweckmäßig erachte, sie wieder einzuführen; zugleich wurde das Weidgeld in neue Schweizer-

*) Ob wohl in den Weidordnungen für das Amt Bipp, welche in den Rechtsquellen des Kantons Bern von Schnell und Stürler (Basel 1871), S. 60, angeführt sind und aus den Jahren 1730 und 1745 stammen, nichts Näheres darüber zu finden gewesen?

Digitized by Google

währung umgesetzt, und eine Ablösung der Taxe gegen Bezahlung des 20fachen Betrages vorgesehen. Gegen dieses Reglement erhob nun eine Anzahl Personen von Ober- und Niederbipp Einsprache, wegen der ungleichen Belastung des Grundeigenthums der Einsaßen, der außerhalb der Gemeinde wohnenden Liegenschaftsbesitzer und der in der Gemeinde wohnenden Burger. Infolge nachträglicher Herabsetzung der Loskaufsumme auf den 12fachen Betrag der jährlichen Taxe wurde aber die Opposition zurückgezogen und das Reglement erhielt die regierungsräthliche Sanktion. — Fortwährend waren unterdessen die Weidgelder von den nichtburgerlichen Grundbesitzern zu Handen der Burgergemeinde bezogen und in eigenen Bezugsrödeln verrechnet worden; auch machte eine Anzahl derselben von dem Loskaufsrechte Gebrauch. — Der Beklagte, als Müller wohnhaft in Wiedlisbach, hatte im Laufe der 50er und 60er Jahre von Ortsburgern zu Oberbipp mehrere Grundstücke käuflich an sich gebracht, welche im Gemeindsbezirk Oberbipp lagen, und war dann auch wegen des Weidgeldes von der Gemeinde belangt worden. Schließlich verweigerte er die Zahlung und wollte die Sache gerichtlich ausgetragen wissen. In seiner Vertheidigung berief er sich hauptsächlich auf folgende Punkte: Der Bezug des Weidegeldes von Nichtburgern sei verfassungswidrig, weil er die Gleichheit der Staatsbürger vor dem Gesetze verletze; seine Grundstücke seien laut allen Handänderungsverträgen frei von jeder Weideservitut und Weidgeldabgabe; die Burgergemeinde habe nicht ohne die Zustimmung der Auswärtigen diese mit einer Abgabe belasten können; jedenfalls sei eine allfällig früher bestandene Last durch Extinktivverjährung mit Bezug auf seine Grundstücke erloschen, da auch von seinen Vorbesitzern nie etwas gefordert worden sei. Sodann sei das eine der in Frage stehenden Grundstücke in den Erwerbtiteln als „eingeschlagene Matte" bezeichnet und könne deßhalb, sowie seiner natürlichen Lage nach, niemals der Gemeindeweide unterworfen gewesen sein.

Erwägungsgründe:

Die uneinläßliche und die einläßliche Vertheidigung gegenüber den Ansprüchen der klägerischen Gemeinde sind vom Beklagten nicht streng auseinander gehalten worden und es erscheint deßhalb als angemessen, die Begründetheit der peremptorischen Einrede in Verbindung mit der Erörterung in der Hauptsache zu prüfen:

Der Beklagte erhebt verschiedene Einwendungen, welche sich theils auf den angeblichen Mangel der aktiven und der passiven Legitimation beziehen, theils gegen die Existenz, bezw. das dermalige Bestehen des behaupteten Weiderechts, sowie gegen die

Digitized by Google

Verfassungsmäßigkeit der Beschlüsse gerichtet sind, wodurch als Aequivalent des Weiderechtes das Weidegeld eingeführt wurde. Was nun zunächst die Frage betrifft, ob der Burgergemeinde Oberbipp auf der Markung des dortigen Gemeindebezirkes ein Weidrecht zusteht, so kann sich dieselbe allerdings auf keinen konstitutiven Titel stützen, aber es ergibt sich aus dem Reglemente vom 3. November 1819, sowie aus den spätern Reglementen, daß die Burgergemeinde von Oberbipp schon vor 1807 im Besitz einer auf unvordenklichem Herkommen beruhenden Brach- und Gemeindeweide sich befunden haben muß, deren Ausübung durch die einzelnen berechtigten Burger erfolgte. Der Keim dieses Weiderechtes ist offenbar darin zu suchen, daß in den ältern Zeiten, wie sich schon aus dem Spruchbriefe vom 28. Oktober 1577 ergibt, die Herrschafts- oder Lehenleute dortiger Gegend, der damaligen Wirthschaftssitte gemäß, ihr Vieh zu einer Heerde vereinigten und auf die Felder, Wiesen und Allmende auftrieben. Erst allmählig, sowie Gemeindeverbände entstanden, sich entwickelten und im Laufe des 17. Jahrhunderts zur Burgergemeinde gestalteten, wurde das Weidrecht in den Kreis der Befugnisse der Letztern gezogen und bildete sich zu einem Rechte derselben aus („Versuch einer urkundlichen geschichtlichen Entwicklung der Gemeinden und Burgerrechtsverhältnisse im Kanton Bern" von Fr. Stettler, Lehenkommissär. 1840*), und „Betrachtungen über das Gemeindewesen im Kanton Bern und dessen Reform," von Ed. Blösch, gew. Landammann, 1848).

Die rechtliche Natur dieses Weiderechtes war offenbar diejenige der Koppelhut in der Weise, daß anfänglich es die Güterbesitzer und später die bererechtigten Burger von Oberbipp waren, die ihr Vieh gemeinschaftlich auf den dortigen Ländereien — den Gemeindefluren von Oberbipp — weideten. Man hat es also mit einer deutschrechtlichen Servitut zu thun, indem die in der Doktrin, wenn auch nicht vorherrschend, vertretene Ansicht, welche in dem Verhältnisse der Koppelhut ein bloßes precarium erblicken will, als dem Sachverhalte widersprechend für den vorliegenden Fall nicht als zutreffend zu erachten ist (Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts § 98; Gerber, System des deutschen Privatrechts § 145, insbesondere Note 2; Bluntschli, deutsches Privatrecht § 88; Leuenberger, bern. Privatrecht, Bd. II, S. 275 ff., und Gesetz vom 12. Dezember 1839 über den Loskauf der Weiddienstbarkeiten). Es ist daher die Existenz des fraglichen Weidrechts — in Form einer Koppelhut —

*) Abgedruckt in: Zeitschr. f. vaterl. R., Bd. 3, S. 89 ff.

Digitized by Google

schon vor dem Jahr 1807 anzunehmen, denn es wurde von jeher anerkannt, daß der Mangel eines Titels durch das unvordenkliche Herkommen gehoben wird und daß die Vermuthung dafür spricht, ein Recht, welches lange Zeit hindurch stets als solches ausgeübt wurde, sei auch einmal rechtsgültig constituirt worden. (Siehe die angeführten Lehrbücher, Stobbe § 97, Ziff. 6; Gerber, § 144; Bluntschli § 86 ff.; Ullmer, Commentar zum Zürcher Civilgesetzb., Band I., Seite 392, Nr. 1004–1006; Leuenberger § 166; Bern. Gerichtssatz. von 1761, Seite 120; Urtheile des hierseitigen Gerichtshofes vom 28. August 1851 in Sachen Neukomm und Mith. contra Burgergemeinde Langenthal nnd Schoren; vom 8. August 1857 in Sachen Peter Anderegg und Mith. contra Burgergemeinde Rumisberg, und vom 20. März 1862 in Sachen Fink contra Holzrechtsamegemeinde Büetigen).

Nun wurde im Jahre 1807 von der Gemeinde Oberbipp ein Reglement erlassen, wonach die Brach- und Gemeindeweide auf eine Probezeit von 12 Jahren abgestellt und als Ersatz dafür jedem Grundbesitzer in Oberbipp, welcher nicht nutzungsberechtigter Burger war, die Bezahlung eines jährlichen Weidgeldes in die Gemeindekasse auferlegt wurde. Dieses Reglement liegt zwar nicht vor, aber es ergibt sich aus demjenigen vom 3. Novemver 1819, daß ein ähnliches schon im Jahre 1807 erlassen worden sein muß. Es fragt sich nun, welche Bedeutung diesem Beschluß beizumessen und ob anzunehmen ist, es habe durch denselben das Weidrecht aufgehoben und an dessen Stelle eine Reallast begründet werden sollen. Dieß ist nicht der Fall; es spricht der Wortlaut des Beschlusses durchaus gegen eine solche Annahme. Es sollte vielmehr nur die Ausübung dieses Weidrechtes in der Weise modifizirt werden, daß dieselbe suspendirt und als Ersatz dafür den nutzungsberechtigten Burgern — bezw. der Burgergemeinde — das Recht zum Bezuge eines Weidegeldes von den nichtburgerlichen Grundbesitzern eingeräumt wurde. Es ist im Weitern zu prüfen, ob der in Rede stehende Beschluß, sowie die folgenden gleichartigen Beschlüsse aus den Jahren 1819, 1835 und 1854 als rechtsgültig betrachtet werden dürfen. In dieser Beziehung ist nicht abzusehen, warum die Burgergemeinde Oberbipp nicht berechtigt sein sollte, sowie sie offenbar früher schon Bestimmungen betreffend Ausübung des Weidrechts in natura getroffen hatte, so auch diese Modifikation desselben im Interesse der dortigen Grundbesitzer einzuführen und an deren Stelle eine Geldentschädigung treten zu lassen. Sowohl das Reglement von 1807, als auch die spätern gleichartigen Reglemente bis zu demjenigen vom 15. März 1854 wurden denn auch stets von der kompetenten Behörde genehmigt und bisher

Digitized by Google

von keiner Seite ernstlich angefochten. Aus den produzirten Rechnungen und Weidegeldbezugsrödeln, sowie aus den bezüglichen Zeugenaussagen geht ferner hervor, daß die Weidgelder bis in die letzte Zeit mit wenigen Ausnahmen ohne Anstand bezahlt wurden und überdieß auch in Gemäßheit des Reglements von 1854 viele Loskäufe stattgefunden haben. Daß das Reglement vom Jahr 1835 von der Einwohnergemeinde Oberbipp erlassen wurde, ist aus dem damaligen Uebergangszustande in Folge des Gesetzes vom 20. Dezember 1833 zu erklären. Es ergibt sich aber aus den Rechnungen, daß die Burgergemeinde die Weidgelder bezog, wie denn auch das Reglement vom 15. März 1854 wieder in ihrem Namen erlassen wurde. Uebrigens ist auch gerade aus dem Inhalte des Reglements vom 7. September 1835 ersichtlich, daß es die Burgergemeinde Oberbipp war, welche die Berechtigung zum Bezuge des Weidegeldes für sich in Anspruch nahm, und durch den Ausscheidungsvertrag zwischen der Burgergemeinde und der Einwohnergemeinde von Oberbipp vom 14. Januar 1837 wurde diese Einnahmequelle definitiv der Burgergemeinde zugewiesen. Aus dem Gesagten geht übrigens hervor, daß die Burgergemeinde Oberbipp seit 1807 den Bezug eines Weidgeldes in der fraglichen Weise fortgesetzt vorgenommen, und daß daher dieses Verhältniß überdieß durch Zeitablauf noch seine rechtliche Sanktion erhalten hat. Nach allen diesen Erwägungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Burgergemeinde Oberbipp zur vorliegenden Klage aktiv legitimirt ist, und daß das ihr zustehende Weidrecht durch die Einführung von Weidgeldern nicht aufgehoben, sondern nur in Bezug auf die Ausübung modifizirt worden ist.

Weiterhin entsteht noch die Frage, ob nicht etwa ein öffentlich-rechtliches Verhältniß in casu vorliegt. Auf diesen Einwand scheint vom Beklagten selbst kein großes Gewicht gelegt worden zu sein, da er keine Gerichtsstandseinrede erhoben hat. Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß es sich lediglich um eine privatrechtliche Weiddienstbarkeit und um die Umwandlung der Ausübung derselben in eine Geldentschädigung handeln kann. Daran wird durch den Umstand nichts geändert, daß auch diejenigen Bürger von Oberbipp, welche keinen Grundbesitz haben, weidberechtigt sind, und daß daher das Weidgeld zu Gunsten der Burgergemeinde, als Repräsentantin der einzelnen Burger bezogen wird, und ebenso wenig dadurch, daß die bezüglichen Beschlüsse von der Gemeinde ausgingen, indem auch eine Gemeinde in privatrechtlichen Verhältnissen steht. Auch das Gesetz vom 12. Dezbr. 1839 über den Loskauf der Weiddienstbarkeiten ist ein Beweis

Digitized by Google

schon vor dem Jahr 1807 anzunehmen, denn es wurde von jeher anerkannt, daß der Mangel eines Titels durch das unvordenkliche Herkommen gehoben wird und daß die Vermuthung dafür spricht, ein Recht, welches lange Zeit hindurch stets als solches ausgeübt wurde, sei auch einmal rechtsgültig constituirt worden. (Siehe die angeführten Lehrbücher, Stobbe § 97, Ziff. 6; Gerber, § 144; Bluntschli § 86 ff.; Ullmer, Commentar zum Zürcher Civilgesetzb., Band I., Seite 392, Nr. 1004–1006; Leuenberger § 166; Bern. Gerichtssatz. von 1761, Seite 120; Urtheile des hierseitigen Gerichtshofes vom 28. August 1851 in Sachen Neukomm und Mith. contra Burgergemeinde Langenthal nnd Schoren; vom 8. August 1857 in Sachen Peter Anderegg und Mith. contra Burgergemeinde Rumisberg, und vom 20. März 1862 in Sachen Fink contra Holzrechtsamegemeinde Büetigen).

Nun wurde im Jahre 1807 von der Gemeinde Oberbipp ein Reglement erlassen, wonach die Brach- und Gemeindeweide auf eine Probezeit von 12 Jahren abgestellt und als Ersatz dafür jedem Grundbesitzer in Oberbipp, welcher nicht nutzungsberechtigter Burger war, die Bezahlung eines jährlichen Weidgeldes in die Gemeindekasse auferlegt wurde. Dieses Reglement liegt zwar nicht vor, aber es ergibt sich aus demjenigen vom 3. November 1819, daß ein ähnliches schon im Jahre 1807 erlassen worden sein muß. Es fragt sich nun, welche Bedeutung diesem Beschluß beizumessen und ob anzunehmen ist, es habe durch denselben das Weidrecht aufgehoben und an dessen Stelle eine Reallast begründet werden sollen. Dieß ist nicht der Fall; es spricht der Wortlaut des Beschlusses durchaus gegen eine solche Annahme. Es sollte vielmehr nur die Ausübung dieses Weidrechtes in der Weise modifizirt werden, daß dieselbe suspendirt und als Ersatz dafür den nutzungsberechtigten Burgern — bezw. der Burgergemeinde — das Recht zum Bezuge eines Weidegeldes von den nichtburgerlichen Grundbesitzern eingeräumt wurde. Es ist im Weitern zu prüfen, ob der in Rede stehende Beschluß, sowie die folgenden gleichartigen Beschlüsse aus den Jahren 1819, 1835 und 1854 als rechtsgültig betrachtet werden dürfen. In dieser Beziehung ist nicht abzusehen, warum die Burgergemeinde Oberbipp nicht berechtigt sein sollte, sowie sie offenbar früher schon Bestimmungen betreffend Ausübung des Weidrechts in natura getroffen hatte, so auch diese Modifikation desselben im Interesse der dortigen Grundbesitzer einzuführen und an deren Stelle eine Geldentschädigung treten zu lassen. Sowohl das Reglement von 1807, als auch die spätern gleichartigen Reglemente bis zu demjenigen vom 15. März 1854 wurden denn auch stets von der kompetenten Behörde genehmigt und bisher

Digitized by Google

von keiner Seite ernstlich angefochten. Aus den produzirten Rechnungen und Weidegeldbezugsrödeln, sowie aus den bezüglichen Zeugenaussagen geht ferner hervor, daß die Weidgelder bis in die letzte Zeit mit wenigen Ausnahmen ohne Anstand bezahlt wurden und überdieß auch in Gemäßheit des Reglements von 1854 viele Loskäufe stattgefunden haben. Daß das Reglement vom Jahr 1835 von der Einwohnergemeinde Oberbipp erlassen wurde, ist aus dem damaligen Uebergangszustande in Folge des Gesetzes vom 20. Dezember 1833 zu erklären. Es ergibt sich aber aus den Rechnungen, daß die Burgergemeinde die Weidgelder bezog, wie denn auch das Reglement vom 15. März 1854 wieder in ihrem Namen erlassen wurde. Uebrigens ist auch gerade aus dem Inhalte des Reglements vom 7. September 1835 ersichtlich, daß es die Burgergemeinde Oberbipp war, welche die Berechtigung zum Bezuge des Weidegeldes für sich in Anspruch nahm, und durch den Ausscheidungsvertrag zwischen der Burgergemeinde und der Einwohnergemeinde von Oberbipp vom 14. Januar 1837 wurde diese Einnahmequelle definitiv der Burgergemeinde zugewiesen. Aus dem Gesagten geht übrigens hervor, daß die Burgergemeinde Oberbipp seit 1807 den Bezug eines Weidgeldes in der fraglichen Weise fortgesetzt vorgenommen, und daß daher dieses Verhältniß überdieß durch Zeitablauf noch seine rechtliche Sanktion erhalten hat. Nach allen diesen Erwägungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Burgergemeinde Oberbipp zur vorliegenden Klage aktiv legitimirt ist, und daß das ihr zustehende Weidrecht durch die Einführung von Weidgeldern nicht aufgehoben, sondern nur in Bezug auf die Ausübung modifizirt worden ist.

Weiterhin entsteht noch die Frage, ob nicht etwa ein öffentlich-rechtliches Verhältniß in casu vorliegt. Auf diesen Einwand scheint vom Beklagten selbst kein großes Gewicht gelegt worden zu sein, da er keine Gerichtsstandseinrede erhoben hat. Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß es sich lediglich um eine privatrechtliche Weidbienstbarkeit und um die Umwandlung der Ausübung derselben in eine Geldentschädigung handeln kann. Daran wird durch den Umstand nichts geändert, daß auch diejenigen Bürger von Oberbipp, welche keinen Grundbesitz haben, weidberechtigt sind, und daß daher das Weidgeld zu Gunsten der Burgergemeinde, als Repräsentantin der einzelnen Burger bezogen wird, und ebenso wenig dadurch, daß die bezüglichen Beschlüsse von der Gemeinde ausgingen, indem auch eine Gemeinde in privatrechtlichen Verhältnissen steht. Auch das Gesetz vom 12. Dezbr. 1839 über den Loskauf der Weidbienstbarkeiten ist ein Beweis

Digitized by Google

dafür, daß solche Verhältnisse stets vom Standpunkt des Privatrechtes aus aufgefaßt wurden, indem die Aufhebung eines Weidrechtes nur gegen Entschädigung zulässig ist. So wurde denn auch im vorliegenden Falle das Weidgeld als Ersatz — Entschädigung — für das eingestellte Weidrecht zu Gunsten der nutzungsberechtigten Burger von Oberbipp eingeführt. Hat man es aber mit einem privatrechtlichen Verhältniß zu thun, so fällt der weitere Einwand der Verfassungswidrigkeit der von der Burgergemeinde Oberbipp gefaßten Beschlüsse von selbst dahin, denn die verfassungsmäßige Bestimmung, wonach alle Vorrechte des Orts, der Geburt, der Personen und Familien aufgehoben sind (§ 71, St.-V.) bezieht sich nur auf die Abschaffung der staatsrechtlichen Privilegien.

Was endlich die Passivlegitimation des Beklagten betrifft, so ist derselbe unbestrittenermaßen Besitzer zweier Grundstücke im Gemeindsbezirke Oberbipp, nämlich des Altrüttiackers und der Weiermatte. Er wendet aber ein, die Weiermatte sei ein „Einschlag" und ein solcher sei nie weidpflichtig gewesen; seine Rechtsvorfahren seien stets Burger von Oberbipp gewesen, von denselben sei nie Weidgeld bezahlt worden; das Weidrecht sei nicht in seinen Erwerbstiteln und nicht im Grundbuch eingetragen, und dasselbe sei jedenfalls durch Nichtausübung seit dem Jahre 1807 erloschen. Was die Beweislast angeht, so hat offenbar der Beklagte die Freiheit seiner Grundstücke zu beweisen, weil ursprünglich die ganze Markung weidpflichtig war und daher die Vermuthung für die Weidgeldpflichtigkeit eines jeden einzelnen im Besitze eines Nichtburgers befindlichen Grundstückes spricht. Nun ist zunächst der Umstand, daß die Rechtsvorfahren des Beklagten alle Burger von Oberbipp waren, für die vorliegende Frage ohne Bedeutung, denn die Pflicht zur Bezahlung des Weidgeldes entstand erst im Zeitpunkte, als ein Nichtburger Besitzer jener Grundstücke wurde. Wenn daher auch die Vorbesitzer der Weiermatte und des Altrüttiackers als Burger von Oberbipp kein Weidgeld zu entrichten hatten, so ist gleichwohl der Beklagte, als nunmehriger nichtburgerlicher Besitzer dieser Grundstücke, zur Bezahlung des Weidgeldes verpflichtet. Auch die Eintragung in die Erwerbstitel und in das Grundbuch war nicht nothwendig, weil das Weidrecht schon lange vor 1828 erworben war und deßhalb ohne Weiteres in seinem Bestande verblieb. Von einer Ersitzung des von der Klägerin beanspruchten Rechtes kann bezüglich der Weiermatte schon deßhalb keine Rede sein, weil der Beklagte selbst zugibt, daß er für dieselbe im Zeitraume von 1855, in welchem Jahr er sie erworben, bis 1874 einige Male Weidgeld bezahlt hat, und aus den Weid-

Digitized by Google

geldbezugrödeln und aus der Aussage des Zeugen Burgerschreiber Mägli erhellt, daß dies auch in den Jahren 1873 und 1874 der Fall war. Rücksichtlich des Altrüttiackers wurde in dieser Beziehung vom Beklagten kein besonderer Beweis angetreten, und derselbe hat zudem diesen Acker erst im Laufe des Jahres 1868 erworben, so daß ja nicht einmal die zehnjährige Ersitzungsfrist bis zu dem am 21. Sept. 1877 stattgefundenen Aussöhnungsversuche hätte ablaufen können; abgesehen davon, daß für den fraglichen Acker laut den Weidgeldbezugrödeln das Weidgeld von 1869—1872 bezahlt worden ist. Zum Nachweise der Behauptung, daß die Weiermatte ein sog. „Einschlag" und daher von der Weidpflicht befreit sei, beruft sich der Beklagte zunächst auf den Kaufvertrag vom 8. Oktober 1855, durch welchen er diese Matte von Christian Schaad erworben hat. Dort wird allerdings die Weiermatte als „früher eingeschlagene" Matte bezeichnet, aber es ist dies von geringem Belang, weil sich in den frühern Titeln eine solche Bezeichnung nicht vorfindet. Als weitere Beweismittel wurden Sachverständige und Zeugen angerufen. Das Expertengutachten spricht sich ziemlich reservirt aus, gibt aber die Möglichkeit zu, daß die Weiermatte schon in Folge ihrer eigenthümlichen Lage als Einschlag betrachtet worden sei. Aus den Aussagen der Frau Bohner, der beiden Johann Mägli, des Johann Ryf und des Johann von Ins ergibt es sich indessen mit Gewißheit, daß es früher solche Einschläge gab, daß dieselben weidfrei waren und daß auch die Weiermatte ein solcher Einschlag war. Allerdings reicht ihre Beobachtung nicht in die Zeit vor 1807 zurück, allein es darf mit einem solchen Beweise nicht zu streng genommen werden, und es ist zu vermuthen, daß dieses Grundstück schon zu jener Zeit „eingeschlagen" gewesen sei.

Es ist somit anzunehmen, die Klägerin sei nur berechtigt, von dem Beklagten das Weidgeld für den Altrüttiacker zu verlangen, was für vier Jahre einen Betrag von Fr. 4. 84 ausmacht. Dagegen muß ihr mit Bezug auf diesen Acker auch das auf die Anerkennung des Weidrechts gerichtete Rechtsbegehren grundsätzlich zugesprochen werden, weil das betreffende Weidrecht nie aufgehoben, sondern nur dessen Ausübung modifizirt wurde.

Bemerkung. Das in Frage stehende Weiderecht ist jedenfalls ein Ueberbleibsel der alten Feldgemeinschaft, wonach nicht nur jeder Markgenosse sein Vieh auf die Allmende treiben durfte, sondern auch das Acker- und Wiesland der Einzelnen während

Digitized by Google

der Zeit, wo weder Saat noch Heuwuchs darauf stand, der gemeinen Weide zugänglich war. Gierke (das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1873, Bd. 2, S. 213) beschreibt das Verhältniß folgendermaßen: „Ausschließlich war an Aeckern und Wiesen das Nutzungsrecht des Sondereigenthümers im Markverbande nur, solange sie dem Pflug und der Sense unterlagen. Im Uebrigen bestand an ihnen das Gesammtrecht fort. Die Wiesen wurden daher nach der Heuernte „wiederum gemein" und standen der gemeinen Weide offen, bis sie auf's Neue „in's Heu gingen". Die Felder wurden gemein von der Ernte bis zur Bestellung, indem in dieser Zeit die Stoppelweide eintrat, und galten überdies als Allmende während der nach regelmäßigem Turnus eintretenden Brache. — Alle diese Gesammtnutzungsrechte darf der Einzelne nicht schmälern; er darf daher weder die Wiesen und Felder in der offenen Zeit, noch die Brache einzäunen oder sonst dem gemeinen Nutzen schließen, und wenn er in die Brache säet, kann ihm die Gemeinde die Frucht abweiden u. s. w." Vergl. auch Meyer, schweiz. Bundesrecht, I., S. 220 ff., welcher die mittelalterlichen Wirthschaftsverhältnisse sehr anschaulich schildert. — Schwieriger ist aber zu verstehen, wie diese alte Marknutzung, welche ihrer Natur nach nur den Hofbesitzern zustehen konnte, später auf die Burgergemeinde überging, mithin von jedem Ortsburger, ohne Rücksicht auf Grundeigenthum, ausgeübt werden konnte. Renaud unterscheidet in seinem bekannten Aufsatz über die Gemeindenutzungen (Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. 9) sehr richtig zwischen den eigentlichen Gemeindenutzungen, welche aus den Markverhältnissen entstanden waren, und den bürgerlichen Nutzungen, welche im Laufe des 16. und 17. Jahrhunderts für die Ortsbürger, vorzüglich in der Schweiz, geschaffen wurden, und sagt, ein bloßer Bürger, der weder bäuerliches Besitzthum noch Gemeindenutzungstheile (von einem Hof abgelöste Rechtsamen) besaß, sei nicht nur von der Regierung der Gemeinde, sondern auch von der Benutzung der Allmende ausgeschlossen gewesen (S. 65). Allerdings fügt er bei, die Gemeinden hätten, um dem Einreißen der Armuth vorzubeugen, sich öfters veranlaßt gesehen, die den

Digitized by Google

Hintersaßen bloß precario eingeräumten Allmendnutzungen zu erweitern und zu regularisiren, und solche Nutzungen an der gemeinen Mark, welche den Ortsbürgern als solchen zukamen, seien dann bürgerliche Nutzungen geheißen worden. Ein derartiger Vorgang scheint in Oberbipp mit Bezug auf die gemeine Feldfahrt auf Privateigenthum stattgefunden zu haben. — So trat an die Stelle der frühern Prädialservitut, wie sie die Germanisten (so Stobbe u. a. an den im Urtheil citirten Stellen) konstruiren, eine Personalservitut der bürgerlichen Korporation, ausgeübt durch ihre Mitglieder nach Mitgabe der gemeinschaftlich gefaßten Beschlüsse und Reglemente. — Als man nun seit Anfang dieses Jahrhunderts im Interesse der Hebung der Privatwirthschaft den Weidgang auf dem Privateigenthum zu beseitigen suchte, schien es billig, denjenigen Grundbesitzern in der Gemeinde, welche, weil nicht Bürger, dadurch nichts einbüßten, ein Aequivalent für die Befreiung ihrer Grundstücke aufzuerlegen. Ihre Zustimmung gaben die Meisten stillschweigend durch Entrichtung des Weidgeldes. Hätte indeß der Beklagte, oder würde noch heute irgend ein anderer nicht burgerlicher Grundbesitzer, dem eine Anerkennung der fragl. Burgerbeschlüsse nicht nachgewiesen werden kann die Ausübung des Weidrechts in natura anerkennen und verlangen, so müßte ihm Recht gegeben werden, da die fragl. Beschlüsse für ihn unverbindlich sind. Red.

---

34. Tradition eines Waarenlagers durch Uebergabe der Schlüssel unter Veränderung der Firmatafel. — Ungültigkeit einer Hingabe an Zahlungsstatt für fingirte Schulden (Actio Pauliana).

Rosa Rabe c. M. Dupré u. Mith.

28. April 1882.

Vgl. S. 17 hievor und dortige Citate.

Ernst Rabe, obschon seit Jahren vergeltstagt, betrieb in Bern ein Hutmachergeschäft, im Verein mit seiner ebenfalls vergeltstagten

Digitized by Google

Ehefrau. Zwei französische Firmen, M. Dupré in Lyon und Hummel. Glucke & Cie. in Bramois, betrieben ihn schon Anfangs 1880 für mehr als Fr. 2000; er hatte aber die Forderungen bestritten und erst nach erwirktem Urtheil konnte im Oktober 1880 zur Pfändung geschritten werden. Eine solche wurde vollzogen in Bezug auf Waaren und Ladenmobiliar im Werthe von Fr. 963 im Rabe'schen Geschäftslokal. Nun trat aber die Tochter des Schuldners, Rosa Rabe, mit einer Vindikationsklage auf, zu deren Begründung sie geltend machte:

1. sei sie infolge Kaufvertrags vom 1. Mai 1880 und stattgefundener Tradition Eigenthümerin des ganzen väterlichen Waarenlagers und Geschäftsmobiliars geworden, und habe den Kaufpreis mittelst Verrechnung einer ihr laut Schuldanerkennung d. d. 1. Mai 1876 zugestandenen Lidlohnforderung u. s. w. im Betrage von Fr. 3050 getilgt; auch das Geschäftslokal sei ihr seit 1. Mai 1880 durch ihren Vater vermiethet;
2. sei ein Theil der gepfändeten Waaren auf ihren Namen seit Uebernahme des Geschäfts bestellt und geliefert, mithin ihr unbestreitbares Eigenthum.

Sie forderte daher von den pfändenden Gläubigern nicht nur Herausgabe der fragl. Objekte, sondern auch einen auf Fr. 30 per Tag berechneten Schadensersatz.

Die Beklagten bestritten den Eigenthumsübergang sowie die Verbindlichkeit des Kaufvertrages und des Schuldbekenntnisses, welch letztem Akte nur behufs betrügerischer Benachtheiligung der Gläubiger errichtet worden seien. — Zu erwähnen ist, daß in einem andern Vindikationsprozeß die Klägerin einen Ergänzungseid über die „Realität" der fragl. Rechtsgeschäfte abgeleistet hatte.

Der Appellations- und Kassationshof beurtheilte die Sache infolge Umgehung der ersten Instanz insoweit zu Gunsten der Beklagten als es sich nicht um seit dem 1. Mai 1880 angeschaffte Waaren handelte und legte der Klägerin ein Drittel der gegner'schen Kosten auf.

Erwägungsgründe:

Die Beklagten bestreiten in erster Linie, daß eine Uebergabe der im Kaufvertrage vom 1. Mai 1880 erwähnten Waaren an die Klägerin stattgefunden habe. Aus der Beweisführung hat sich indeß ergeben, daß der Klägerin die Schlüssel zum Geschäft übergeben wurden, und daß der Aushängeschild auf ihren Namen umgeändert wurde. Dadurch wurde der Uebergang des Eigenthums an den im Geschäfte befindlichen Waaren auf Rosa Rabe für jeden

Digitized by Google

Dritten äußerlich wahrnehmbar und dieser erste Einwand der Beklagten ist mithin unstichhaltig.

Im Weitern wird nun geltend gemacht, der Kaufvertrag vom 1. Mai 1880 sei in fraudem creditorum abgeschlossen worden und in Folge dessen unverbindlich für die Beklagten. Der Natur der Sache nach kann es sich hier nur um eine Anfechtungsklage auf Grund des § 503 B.-B. in fine handeln, womit die Einwendung der Klägerin, daß die actio Pauliana im vorliegenden Falle überhaupt unzulässig sei, von selbst dahin fällt. Ebensowenig stichhaltig ist der andere Einwand, daß die Klägerin in dem Vindikationsprozesse gegen Carazetti in Genf die Realität des Geschäftes vom 1. Mai 1880 eidlich beschworen habe, weil die berührte eidliche Aussage in einem andern Prozesse und gegenüber einer andern Prozeßpartei abgegeben worden ist, und daher für den gegenwärtigen Rechtsstreit ganz außer Betracht fällt.

Seitens der Beklagten wird in Abrede gestellt, daß für die laut dem fraglichen Kaufvertrage an die Klägerin abgetretenen Gegenstände ein Gegenwerth geleistet worden sei. Im Vertrag selbst wird gesagt, der Kaufpreis von Fr. 3050 sei durch quittirte Herausgabe einer zu Gunsten der Klägerin lautenden Schuldverpflichtung des Verkäufers d. d. 1. Mai 1876 getilgt worden. Es ist daher zu untersuchen, ob jenes Schuldbekenntniß als richtig betrachtet werden darf, oder ob dasselbe — wie die Beklagten behaupten — bloß zum Schein ausgestellt worden ist. Nun steht jedenfalls soviel fest, daß für den Vater Rabe keine rechtliche Verpflichtung zur Bezahlung eines Lohnes an seine Tochter existirte und es erscheint immerhin als auffallend, daß eine Lohnforderung, welche angeblich schon seit dem 1. Mai 1870 begründet ist, erst zehn Jahre später, bei Gelegenheit eines Kaufgeschäftes, zur Verrechnung gebracht wird, welches Vater Rabe zu einer Zeit abschloß, wo er finanziell sehr bedrängt war. Auch der Umstand, daß die Schuldverpflichtung vom 1. Mai 1876 datirt ist, daß die Lohnforderung der Klägerin vom 1. Mai 1870 an berechnet wird, daß die Annahme der Aufkündigung der Schuldsumme am 1. Mai 1879 erfolgt sein soll, daß der angefochtene Kaufvertrag das Datum des 1. Mai 1880 trägt, daß am gleichen Tage ein Miethsvertrag bis 1. Mai 1881 abgeschlossen wurde, ruft der Ueberzeugung, daß es sich um etwas Gemachtes, um ein bloßes Scheingeschäft handelte, welches vom Vater Rabe mit der Absicht abgeschlossen wurde, seine Gläubiger durch Entziehung des pfandbaren Vermögens zu benachtheiligen. — Es erübrigt noch die Prüfung der Frage, ob die Klägerin ebenfalls Kenntniß hatte von der fraudulösen Absicht ihres Vaters bei Abschluß des erwähnten

Digitized by Google

Geschäftes. In dieser Beziehung kann nun wohl kein Zweifel obwalten. Die Tochter Rabe war seit vielen Jahren im Geschäfte ihres Vaters thätig, und in Abwesenheit des letztern wurden ihr jeweilen die Betreibungsakten verrichtet. Sie mußte daher wissen, daß es auf eine Benachtheiligung der Gläubiger abgesehen war, wenn der Vater ihr zu einer Zeit, wo er von den Beklagten für bedeutende Beträge betrieben war, sein sämmtliches Waarenlager nebst dem Ladenmobiliar veräußerte und sie für den Kaufpreis quittirte, ohne einen reellen Gegenwerth erhalten zu haben. Es ist demnach gemäß den Bestimmungen des § 503 V.-V. in fine ein für die Beklagten verbindliches Kaufgeschäft zwischen Vater Rabe und seiner Tochter gar nicht zu Stande gekommen, sondern der Kaufvertrag vom 1. Mai 1880 war von Anfang an mit dem Mangel der Nichtigkeit behaftet. Mithin sind die betreffenden Gegenstände stets im Eigenthume des Vaters Rabe verblieben und es muß demgemäß die Klägerin mit ihrem Klagsbegehren — soweit der Kaufvertrag vom 1. Mai 1880 in Frage kommt — abgewiesen werden, wodurch die Wiederklage als gegenstandslos dahinfällt. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß von den Beklagten auch solche Waaren gepfändet worden sind, welche die Klägerin laut den produzirten Fakturen nach dem 1. Mai 1880 erhalten hat, und welche in Folge dessen ihr Eigenthum sind. Mit Bezug auf diese Waaren sind ihr daher die beiden ersten Klagsbegehren zuzusprechen. Es dürften diese Hutwaaren mit Rücksicht darauf, daß seit Empfang derselben Manches wieder verkauft worden ist, gegenwärtig einen Werth von ungefähr Fr. 400 repräsentiren und es rechtfertigt sich daraus der Zuspruch der beiden ersten Klagsbegehren im angegebenen Betrage, unter gleichzeitiger Abweisung der Klägerin mit ihren weitergehenden Ansprüchen.

Was die Kostenfrage betrifft, so ist dabei auf den theilweisen Zuspruch der Klage Rücksicht zu nehmen.

35. Erwerb eines Fahrwegrechts durch Verjährung (Ersitzung), an Stelle eines frühern Fußwegrechts, gestützt auf Zufertigung.

Burri c. Kiener.

4. Mai 1882.

Vgl. König, Komm. zu Satz. 453 C. u. die dort angeführten Urtheile.

J. U. Burri ist Eigenthümer des sog. untern Flöschacker-Heimwesens in der Gemeinde Guggisberg. Südlich desselben und

Digitized by Google

durch das Steinackerheimwesen und Theile des obern Flöschacker-Heimwesens von jenem getrennt, liegt das Gut des Chr. Kiener, „Altenscheuer" genannt. Im Jahr 1879 erließ Burri ein Verbot gegen jede eigenmächtige Besitzesstörung, titelmäßige Rechte ausgenommen. Kiener schlug gegen dasselbe Recht dar, und behauptete ein Fahrwegrecht über das Burri'sche Erdreich auf die öffentliche Straße zu besitzen. Hierauf spielte Burri eine Klage aus, in welcher er zugleich die Respektirung des Verbots und die Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums von jeder Fahrweggerechtigkeit des Gegners verlangte, welch letzterm er nur die Benutzung eines „allgemeinen Fuß- und Winterwegs" über sein Grundstück zugestand. Ein solcher Weg war nämlich in den Kläger'schen „Titeln" als Beschwerde angezeigt; dagegen enthielten dieselben, neben ziemlich ausführlichen Servitutangaben zu Gunsten anderer umliegenden Grundstücke, keinerlei besondere Erwähnung des Altenscheuergutes. In den Handänderungsverträgen über letzteres fand sich seit dem Jahre 1846 konstant die Anzeige, das Gut habe „die nöthige Wegsame durch das Steinackergut gegen Flöschackern zu"; in demjenigen Kaufvertrage, durch welchen der Beklagte selbst das Heimwesen im Jahr 1878 erworben hatte, war statt dessen gesagt: „bisher wurde über das Steinackerheimwesen gegen Flöschackern zu die nöthige Zu- und Vonfahrt benutzt." — Der Beklagte erhob eine peremptorische Einrede, gestützt auf Usukapionserwerb der Fahrwegberechtigung und trug auch einläßlich auf Abweisung der Klage an. Zu erwähnen ist noch, daß der streitige Weg die einzige Zufahrt des Altenscheuergutes nach der öffentlichen Guggersbach-Guggisbergstraße bildet. (Ob überhaupt dies die einzige zugängliche Straße, ist aus dem Urtheil nicht zu ersehen.)

Der Appellations- und Kassationshof beurtheilte die Streitsache unmittelbar, und zwar gelangte er zum Zuspruch des uneinläßlichen Antwortschlusses.

Erwägungsgründe:

Der Kläger bestreitet, daß den Besitzern des Altenscheuerheimwesens je eine Dienstbarkeit, insbesondere ein Fahrwegrecht, auf Flöschackern zugestanden habe. Der Beklagte bringt in erster Linie einen Uneinläßlichkeitsschluß an und stellt zu dessen Begründung im Art. 24 die Behauptung auf, die Besitzer der Altenscheuer hätten, soweit zurück erinnerlich und schon von 1818 bis 1828, das bestrittene Fahrwegrecht ungehindert ausgeübt. Als Beweismittel werden Zeugen und Schlußfolgerungen angerufen. Nun konnte aber keiner der abgehörten Zeugen darüber Auskunft

Digitized by Google

geben, daß in der Zeit von 1818 bis 1828 auf dem streitigen Wege gefahren worden sei. In dieser Beziehung liegt also nicht einmal der Anfang eines Zeugenbeweises vor, und, was die Schlußfolgerungen betrifft, so fehlt es auch hier an einem festen Anhaltspunkte für die Annahme, daß damals zu Gunsten der Altenscheuer ein solches Fahrwegrecht bestanden habe, zumal der Ausdruck „Altenscheuer" in den ältern Titeln gar nicht vorkommt.

Nach der gedachten Richtung hin ist also dem Beklagten der Beweis des Art. 24 mißlungen. Hingegen ergibt es sich aus den Aussagen verschiedener Zeugen — besonders wichtig sind die Depositionen des Christian Hostettler und der Barbara Hostettler geb. Glaus als Besitzer des obern Flöschackernheimwesens —, daß die Besitzer der Altenscheuer ungefähr vom Jahre 1830 an nach und nach den Weg auf Flöschackern auch als Fahrweg zu benutzen anfingen. Es muß nun die Frage geprüft werden, wie es sich mit dem Rechte des Beklagten als Besitzer der Altenscheuer bezüglich der Benutzung dieses Fahrweges verhält. In dem Erwerbstitel des dienenden Grundstückes — Kaufbeile vom 14. April 1856 — ist lediglich die Rede von einem Fuß- und einem Winterweg über dasselbe, während in allen Erwerbstiteln des herrschenden Grundstückes von 1846 an die Bestimmung vorkommt: Hat die nöthige Wegrechtsame durch das Steinackergut hinauf gegen Flöschackern zu. Ueber die in Rede stehende Wegdienstbarkeit existirt kein konstitutiver Titel, wonach die Divergenz zwischen den beidseitigen Erwerbsinstrumenten ausgeglichen werden könnte. Nach Satz. 458 C. soll das Maß, in welchem eine Dienstbarkeit ausgeübt werden darf, in Ermanglung deutlicher Titel, nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstückes bestimmt werden. Eine Ueberschreitung des Bedürfnisses des Altenscheuerheimwesens hat nun nicht stattgefunden, indem überhaupt wenig gefahren wurde, und Seitens des Klägers wird auch nicht behauptet, daß die Ausübung des streitigen Fahrwegrechtes eine wesentliche Mehrbelastung seines Grundstückes mit sich bringe. Immerhin dürfte es aber bedenklich erscheinen, darauf gestützt, daß in der Klage des Burri eine derartige Behauptung mangelt, ohne weiteres anzunehmen, es habe durch langjährige Ausübung eine zulässige Umwandlung des ursprünglichen Fußwegrechts in ein Fahrwegrecht stattgefunden. Von dieser Frage kann indeß abgesehen werden. Wenn man nämlich auch annimmt, es handle sich um eine qualitative Mehrbelastung des dienenden Grundstückes und um die Umänderung einer Dienstbarkeit in eine wesentlich andere, so steht doch soviel fest, daß durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes im Laufe der Zeit, eine solche Um-

Digitized by Google

wandlung einer Dienstbarkeit bedingt werden kann. Nun ist aber die wesentliche Umänderung einer Servitut der Begründung einer neuen durchaus gleich zu stellen, und es müssen daher in dieser Hinsicht die gleichen Grundsätze maßgebend sein, wie beim Erwerb einer neuen Servitut. In casu wird mithin zu untersuchen sein, ob der Erwerb einer Dienstbarkeit durch Usukapion seit dem Jahre 1828 noch als zulässig erscheint. Dieß ist allerdings der Fall, wenn eine Zufertigung der Servitut in ihrem veränderten Bestande stattgefunden hat (Urtheil vom 16. November 1866 in Sachen Chr. Rydegger ca. Ch. Roggli u. Mith.*)). Das in Rede stehende Fahrwegrecht ist nun laut dem Augenscheinsverbale eine in die Augen fallende Dienstbarkeit, und eine solche gilt als zugefertigt, wenn ihre augenfälligen Merkmale dem Besitzer des herrschenden Grundstückes zugefertigt worden sind, was hier geschehen ist, indem es in den Erwerbstiteln des Altenscheuerheimwesens heißt, dasselbe habe die nöthige Wegrechtsame durch das Steinackergut hinauf gegen Flöschackern zu. Daraufhin ist dieses Fahrwegrecht seit länger als zehn Jahren ungehindert ausgeübt worden, und dem Beklagten muß in Folge dessen gestützt auf den Usukapionserwerb der bestrittenen Dienstbarkeit, der Schluß seiner uneinläßlichen Antwort gegenüber dem läger'schen Anspruche zugesprochen werden.

*) Ztschr. IV, 59.

Bemerkung. Daß eine auf Grund eines mangelhaften Titels zugefertigte Dienstbarkeit durch zehnjährige Ausübung in gutem Glauben erworben werden könne, ist unbestritten. Zweifelhafter dürfte es erscheinen, ob in casu dem Beklagten eine Fahrgerechtigkeit über das kläger'sche Gut wirklich zugefertigt war, zumal sein eigener Erwerbtitel nur die Thatsache der Benutzung eines Fahrweges gegen das kläger'sche Gut zu bezeugt. Die Auslegung der Satz. 451 endlich, wonach eine „Wegrechtsame" als „in die Augen fallendes Merkmal" aufgefaßt wird, ist mit der bisherigen Theorie und Praxis, sowie mit den Regeln der grammatischen Interpretation schwerlich im Einklang (vergl. Schnell zu Satz. 451, König l. c. und Ztschr. XIII, S. 82 ff.).

Digitized by Google

36. Uebernahme eines Handelsgeschäfts in Aktiven und Passiven von dem bisherigen Inhaber begründet nicht ohne Weiteres die Schuldpflicht der Uebernehmer gegenüber den Geschäftsgläubigern; es kommt auf den Inhalt des Uebernahmvertrags an.

Lips c. Schweinfurt u. Mith.

6. Mai 1882.

Vgl. über obige sehr bestrittene Rechtsfrage die Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichts I, 67; III, 361; IV, 5; XII, 160; XVI, 274.

A. Goy betrieb in Bern ein Handelsgeschäft unter der Firma „Vereinigte Magazine" und hatte unter Anderm bei dem Lithographen Lips 70,000 Stück „Gutscheine" anfertigen lassen und bezogen, wofür dieser im Dezember 1880 eine Rechnung im Betrag von Fr. 315 stellte und Betreibung einleitete. Im Januar 1881 trat Goy das Geschäft mit Soll und Haben nach Mitgabe eines Inventars an H. Schweinfurt und zwei andere Mitkontrahenten ab. In dem Inventar war die Lips'sche Forderung nicht aufgeführt. Der Vertrag, in welchem der Abtreter sich unter Anderm verpflichtet hatte, mit sämmtlichen Geschäftsgläubigern ein „Arrangement" zu 65 % zu treffen, wurde vollzogen. Hierauf belangte Lips die Uebernehmer auf Zahlung der Fr. 315 nebst gesetzlichem Verzugszins. Es wurden ihm indeß nur Fr. 120 zugesprochen, dagegen Fr. 180 Kosten auferlegt. Das Nähere ergibt sich aus nachstehenden

Erwägungsgründen:

Der Kläger behauptet, es hätten die Beklagten als Uebernehmer des Geschäftes „Vereinigte Magazine in Bern" die Verpflichtung eingegangen, die ihm vom frühern Inhaber dieses Geschäftes für gelieferte Gutscheine geschuldeten Fr. 315 zu bezahlen. Es wird daher zu prüfen zu sein, ob der Abtretungsvertrag, welcher am 17. Januar 1881 zwischen Goy und den heutigen Beklagten abgeschlossen wurde, wirklich eine solche — gänzliche oder theilweise — Schuldübernahme vorsieht oder nicht. Nun wird allerdings in Art. 1 dieses Vertrages gesagt, das Geschäft werde abgetreten mit Firma und mit Soll und Haben, aber es wird doch zugleich Bezug genommen auf das dem Vertrage beigelegte

Digitized by Google

Inventar, und aus Art. 6 des Vertrages erhellt ganz deutlich, daß nur die im Inventar ausdrücklich erwähnten Passiven des Geschäftes auf die Beklagten übergehen sollten. Auch der Umstand, daß sich Goy im Art. 2 des erwähnten Vertrages verpflichtete, mit den gegenwärtigen Gläubigern ein Arrangement zu treffen und dasselbe sodann den Beklagten abzutreten, spricht gegen die Annahme einer allgemeinen Schuldübernahme Seitens der Letztern, und es kann zu Gunsten dieser Ansicht auch nicht der Schlußpassus des Uebergabsverbals vom 24. Januar 1881 angerufen werden, da sich derselbe in keiner Weise auf die Forderung des Klägers bezieht. Nun macht der Letztere geltend, in dem genannten Inventar figurire unter Anderm ein Passivposten von Fr. 250 unter der Rubrik „Kleinere Forderungen für Büreaumaterial". Zu diesem Bureaumaterial, welches von den Beklagten übernommen worden sei, gehören nun auch die von ihm, dem Kläger, seiner Zeit an Goy gelieferten Gutscheine, und die daherige Schuldpflicht sei mithin in Folge dieser Uebernahme auf die Beklagten übergegangen, wenn auch aus Versehen der Schuldbetrag zu niedrig angesetzt worden sei. Nach den vorstehenden Erwägungen kann indeß nur noch die Frage in Betracht gezogen werden, ob die Schuldpflicht für die gelieferten Gutscheine theilweise, nämlich soweit es jene Fr. 250 betrifft, auf die Beklagten übergegangen sei, indem eine unbedingte Schuldübernahme den Umständen nach nicht im Willen der kontrahirenden Parteien lag.

Die Beklagten berufen sich gegenüber den Behauptungen des Klägers darauf, der Posten von Fr. 250 für Büreaumaterial beziehe sich einzig und allein auf eine Forderung des Buchdruckers J. Schmidt in Bern von Fr. 200, für welche derselbe dann auch am 24. Januar 1881 eine Zahlungsaufforderung an die Beklagten erlassen habe und die, unter Nachlaß von Fr. 70, am 9. Februar 1881 mit Fr. 130 bezahlt worden seien. Aus den Zeugenaussagen ergibt sich nun zwar kein Anhaltspunkt dafür, ob jene Forderung des Schmidt begründet war oder nicht, und ebensowenig ist in der Zahlungsaufforderung ein Schuldgrund angegeben; es ist aber doch nicht anzunehmen, daß die Beklagten Zahlung geleistet hätten, wenn sie dem Schmidt nichts schuldig gewesen wären, und es liegt auch kein Grund vor daran zu zweifeln, daß die in Rede stehende Forderung sich auf Bureaumaterial bezog. Hergestellt ist also einerseits, daß Bureaumaterial auf die Beklagten übergegangen ist und daß die vom Kläger gelieferten Gutscheine unter dieser Bezeichnung begriffen werden können, sowie anderseits, daß im Inventar ein Passivposten von Fr. 250 für Bureaumaterial aufgenommen worden ist. Haben nun die Beklagten von

Digitized by Google

diesen Fr. 250 bereits Fr. 130 an Schmidt bezahlt, wozu sie vollkommen berechtigt waren, so bleibt zu Gunsten des Klägers noch eine Restanz von Fr. 120 verfügbar, und es ist demselben sein Klagsbegehren für diesen Betrag zuzusprechen. Der Einwand der Beklagten, der Kläger habe durch Erlassung der Zahlungsaufforderung vom 24. Januar 1881 an Goy anerkannt, daß nur der Letztere persönlich sein Schuldner sei, ist nicht stichhaltig, indem die Geschäftsübergabe an die Beklagten erst am nämlichen Tage erfolgte, wo die Zahlungsaufforderung an Goy erlassen wurde, mithin der Kläger damals von dieser Uebergabe offenbar noch keine Kenntnisse hatte.

Ebensowenig begründet ist hinwiederum die Behauptung des Klägers, daß die Beklagten ihre Schuldpflicht dadurch anerkannt hätten, daß sie ihm 65 % seiner Forderung zu bezahlen anerboten, denn diese Offerte wurde nur unter der Voraussetzung einer gütlichen Verständigung gemacht, und es darf daher im heutigen Entscheide keine Rücksicht darauf genommen werden (§ 122 P.).

Was den Kostenpunkt betrifft, so ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß dem Kläger sein Klagsbegehren nur zum geringen Theile zugesprochen werden kann.

37. Haftung des Bürgen im Fall des Gantstags des Hauptschuldners; der Gläubiger ist nicht verpflichtet eine Anweisung anzubieten, soweit sie auf Baarschaft lautet. — Theilnahme des Gläubigers bei der Aufhebung des Miteigenthums an den Anweisungsobjekten? — Der Gläubiger ist berechtigt, die Baaranweisung auf ältere ausstehende Zinse anzurechnen.

Ersparnißkasse Erlach c. Hurni und Wittwe Wyß.

8. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. XVII, 509, 513, 518; XVIII, 56.

Die Ersparnißkasse Erlach war infolge Cession des Amtnotars Sigri Gläubigerin eines Kapitals von Fr. 500 auf Joh. Weber geworden, für welches ein Grundstück verpfändet war und zwei Bürgen, Hurni und Wyß, hafteten. Im Gantstage des Hauptschuldners erhielt die Gläubigerin, deren Forderung sich einschließlich der Jahreszinse von 1875 bis 1879 und von Fr. 21. 05 (!) Eingabskosten auf Fr. 646. 05 belief, folgende Anweisung:

Digitized by Google

a) auf Baarschaft, Erlös aus dem Unterpfand, für Fr. 350. —
b) auf den Schatzungswerth eines andern Grundstücks „ „ 13. 87
c) „ „ „ „ dritten „ „ „ 282. 18

Sa. 646. 05

Sie zog die Baarschaft ein und rechnete den Betrag zunächst auf die Zinsen und Eingabekosten mit Fr. 146. 05 und sodann auf das Kapital an, so daß sie ungedeckt blieb für Fr. 296. 05. Diesen Betrag forderte sie von den Bürgen ein, unter gleichzeitiger Anbietung der erhaltenen Anweisung, „soweit dieselbe auf Schatzungswerthe von Liegenschaften ertheilt wurde". Die Bürgen machten verschiedene Einwendungen geltend, welche sich aus der nachstehenden Motivirung des obergerichtlichen Urtheils ergeben. Die Klage wurde zugesprochen.

Erwägungsgründe:

a. betreffend die peremptorische Einrede:

Die Thatsache, daß die Klägerin den Beklagten die erhaltene Anweisung nur theilweise angeboten, sowie daß sie durch eigenmächtige Verfügung über dieselbe auf den Rückgriff gegenüber den Beklagten als Bürgen des Weber verzichtet habe, könnte jedenfalls nur der Einrede der Bezahlung als Grundlage dienen (§ 595 B.-B.). Da nun die Schutzbehauptung der Zahlung einläßlich geltend gemacht werden muß, so sind die Beklagten mit ihrem Uneinläßlichkeitsschlusse ohne Weiteres abzuweisen.

b. betreffend die Hauptsache:

Die Beklagten wenden vor Allem ein, es sei nicht zulässig, den Bürgen die erhaltene fruchtbare Anweisung nur insoweit anzubieten, als sie nicht aus Baarschaft bestehe; somit habe die Klägerin durch Behändigung der Baaranweisung ihr Rückgriffsrecht ihnen gegenüber verwirkt. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig, denn es ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger nicht berechtigt sein sollte, die Baarschaft, auf welche er angewiesen worden ist, als theilweise Zahlung in Empfang zu nehmen und nur für die ungedeckt bleibende, resp. auf anderweitige Vermögensobjekte oder zur Geduld collocirte Quote seiner Forderung den Rückgriff auf die Bürgen zu nehmen. In diesem Falle trifft nämlich die Vorschrift des § 595 B.-B. insofern nicht zu, als nicht gesagt werden kann, man habe baares Geld „als Bezahlung" oder eine Baaranweisung „an Zahlungsstatt" angenommen, vielmehr erhält der Gläubiger durch eine solche An-

Digitized by Google

weisung bis zum Belaufe derselben, wirkliche faktische, seinem Rechte entsprechende Bezahlung (vgl. Satz. 996 ff. C. und auch Urtheil vom 17. März 1881 in Sachen Barbier ca. Leuthold, Ztschr. Bd. 17, S. 509).

Im Weitern ist die Frage zu prüfen, ob die Klägerin bei dem Gütergemeinschaftsaufhebungsverfahren in der Liquidation des Schuldners Weber mitgewirkt und dadurch auf ihr Rückgriffsrecht gegen die Bürgen und heutigen Beklagten verzichtet habe. In dieser Beziehung ist schon das behauptete Faktum an und für sich nicht hergestellt. Allerdings erschien Rechtsagent Witz in Erlach an der Gläubigerversammlung vom 11. Oktober 1880 Namens eines Rudolf Weber und der Ersparnißkasse Erlach-Neuenstadt; es scheint aber die Behauptung der Letztern, daß es sich hier um eine andere Forderung der Kasse — also nicht um die von Sigri derselben abgetretenen Forderung — gehandelt habe, darin ihre Bestätigung zu finden, daß die Anbietung an die heutigen Beklagten damals schon erfolgt und die Baaranweisung von dem Zinsrodelverwalter der klägerischen Kasse schon behändigt worden war. Aber auch wenn man annehmen wollte, die Klägerin habe mit Bezug auf die ursprünglich dem Sigri zugestandene Forderung an der Gläubigerversammlung theilgenommen, so würde darin noch keineswegs eine eigenmächtige Verfügung über die erhaltene Anweisung auf unversteigerte Liegenschaften liegen. Nicht sie hat das Verfahren provozirt, sondern ein anderer Gläubiger, und sie war in Folge dessen genöthigt diesem Verfahren seinen Lauf zu lassen (§ 589 V.-V.). Zudem ist diese Anweisung den Bürgen vor dem Steigernngstermine — 11. Oktober 1880 —, nämlich schon am 8. Oktober 1880, angeboten worden, und, da die Steigerung rechtzeitig publizirt worden war, so hatten sie alle Gelegenheit daran Theil zu nehmen und ihre Rechte zu besorgen. Zudem ist in keiner Weise dargethan, daß sich Klägerin auch an der Steigerung selber betheiligt habe. Es liegt somit hier nicht der Fall vor, wo die Anbietung einer erhaltenen Anweisung dadurch unwirksam gemacht wird, daß der Gläubiger über die Anweisung willkürlich verfügt und sie erst dann den Bürgen anbietet, wenn sie in ihrem ursprünglichen Bestande gar nicht mehr existirt. Demgemäß sind die Beklagten auch nicht in der Lage, sich auf die Urtheile vom 25. März 1881 in Sachen Grünigen ca. Rolli und vom 29. Juli gl. J. in Sachen Kinder Wahli ca. Bartlome (Ztschr. Bd. 17, S. 518, und Bd. 18, S. 56) zu ihren Gunsten zu berufen, weil der jenen Urtheilen zu Grunde liegende Thatbestand eben ein wesentlich verschiedener war, indem die Anweisung im Zeitpunkte der Anbietung nicht mehr intakt war.

Digitized by Google

Ist es sonach den Beklagten nicht gelungen, sich vom kläger'schen Anspruche zu liberiren, so bleibt noch zu untersuchen übrig, ob derselbe in seinem vollen Umfange zuzusprechen ist. Die Beklagten behaupten nämlich, mit Rücksicht darauf, daß der Bürge nur für das Kapital und zwei ausstehende Zinse hafte (Satz. 920 C.) sei die Klägerin jedenfalls nicht befugt die erhaltene Baaranweisung auch auf weiter zurückliegende Zinse des von Weber geschuldeten Kapitals anzurechnen. Diese Argumentation ist nicht richtig, denn wenn es sich um Zahlungen des Schuldners — sei es freiwillige oder solche in Folge einer gerichtlichen Liquidation — handelt, so erscheint der Gläubiger in Ermanglung besonderer gesetzlicher Bestimmungen als berechtigt, diese Zahlungen auf seine Forderung nach Gutfinden zu imputiren und den Bürgen für den Ausfall bis zum Betrage des Kapitals sammt zwei ausstehenden und dem laufenden Zinse zu belangen. Der Klägerin ist daher ihr Rechtsbegehren so zuzusprechen, wie solches gestellt worden ist.

38. Der Nutznießer eines Waldes hat keinen Anspruch auf den Werth des sog. Windfallholzes, soweit derselbe den forstmäßigen nachhaltigen Jahresertrag übersteigt.

Bartlome c. Bartlome.

16. Juni 1882.

Die hier in Frage kommenden Klagebegehren lauteten:

1. Der Beklagte (Sohn des Klägers) sei schuldig, dem Kläger den Werth derjenigen 4 Trämeltannen, welche Ersterer am 18. April 1879 im Walde des Klägers unberechtigter Weise zum Verkaufen geschlagen hat, zu vergüten.

3. Der Beklagte sei schuldig, dem Kläger den Werth desjenigen Holzes, welches Ersterer aus den Wäldern des Klägers in den Jahren 1879 und 1880 veräußerte, zu vergüten.

Der Kläger hatte dem Beklagten im Jahre 1878 seinen Bauernhof zu Münchenbuchsee mit Inbegriff gewisser Waldungen unter Vorbehalt des lebenslänglichen „Benutzungsrechts" zum Eigenthum abgetreten und später auch verpachtet. Im Winter 1878/79 warf ein Sturmwind eine Anzahl Tannen zu Boden, deren Holz, im Werth von ca. Fr. 700, der Beklagte veräußerte. Nachher schlug er noch vier Sagtannen im Werth von etwa Fr. 100, über die er ebenfalls verfügte. Dies geschah, weil drei derselben

Digitized by Google

durch den Sturm beschädigt waren und die vierte nach deren Beseitigung einzeln gestanden und den jungen Aufwuchs gefährdet hätte.

Die Klagbegehren wurden erst- und oberinstanzlich abgewiesen.

Erwägungsgründe:

. . . . . .

Was die beiden andern Klagbegehren betrifft, so geht der Kläger durchwegs von dem Standpunkte aus, er sei Eigenthümer des Waldes, aus welchem das streitige Holz herstammt. Diese Auffassung ist jedoch eine völlige irrige; denn mittelst Abtretungsvertrages vom 7. und 28. Juni und 19. Juli 1878 hat der Kläger seinem Sohne, dem heutigen Beklagten, seine Liegenschaften eigenthümlich abgetreten und sich lediglich für sich und seine Ehefrau das lebenslängliche Benutzungsrecht vorbehalten. Das zweite Klagsbegehren muß daher ohne weiteres aus dem einzigen formellen Grunde abgewiesen werden, weil der Kläger den Zuspruch desselben als angeblicher Eigenthümer des Waldes verlangt, während ihm bloß die Nutznießung davon zusteht. Das nämliche Argument würde auch genügen, um den Kläger mit seinem dritten Rechtsbegehren ebenfalls abzuweisen. Aber auch wenn man von diesem formellen Mangel der Klage mit Bezug auf das dritte Rechtsbegehren absehen und die materielle Begründetheit desselben prüfen wollte, würde man zum gleichen Resultate gelangen. Der Kläger als Nutznießer hat bloß das Recht auf naturgemäße Benutzung des Waldes ohne Schwächung seiner Substanz (Satz. 461 C.). Er darf also — da spezielle gesetzliche Bestimmungen über den Umfang der Nutznießung an einem Walde fehlen, nur den forstmäßigen Ertrag desselben behändigen. Nun war der Sturm vom Februar 1879 sehr heftig — Orkan — und richtete in den Wäldern arge Verwüstungen an. Der Experte nimmt denn auch an, der Werth des streitigen Windfallholzes dürfte Fr. 700 bis 800 betragen. Es geht dies jedenfalls über den forstmäßigen Waldertrag hinaus, indem der Experte die Richtigkeit der Behauptung zugibt, daß durch jenen Windfall die Substanz des Waldes erheblich geschwächt und sein Werth bedeutend vermindert wurde. Daraus ergibt sich von selbst, daß das Produkt des Windfalles dem Beklagten, als Eigenthümer des Waldes, gehört. Es wäre die Aufgabe des Klägers gewesen, in seiner Klage den Nachweis zu erbringen, in wie weit das Windfallholz als forstmäßiger Waldertrag zu betrachten sei, auf welchen er als Nutznießer Anspruch habe. Dies ist nicht geschehen, weil der Kläger von der unrichtigen Voraussetzung ausging, daß das vom Winde gefällte Holz ihm

Digitized by Google

als Waldeigenthümer zustehe. Demgemäß kann auch keine Rede von einem theilweisen Zuspruch des dritten Rechtsbegehrens an den Kläger sein. Der Letztere bemerkt, man müßte erst das Ende der Nutznießung abwarten, um beurtheilen zu können, ob eine Schwächung des Waldertrages durch den Windfall stattgefunden habe. Aber es handelt sich ja hier gerade um die Prüfung der Frage, ob der Kläger als Nutznießer oder der Beklagte als Eigenthümer des Waldes znm Bezuge des Windfallholzes berechtigt gewesen sei, und es mußte daher untersucht werden, ob in casu die Behändigung des Windfalles in den Rahmen einer naturgemäßen Waldnutzung passe oder nicht.

39. Stellung einer Aargauerin beim Geltstag ihres Ehemanns. — Statutenkollision. — Förmlichkeiten des Weibergutsempfangscheins.

Beechbühler u. Mith. c. Wittwe Stephani.

16. Juni 1882.

Handelsmann Stephani zu Aarberg hatte seiner Ehefrau im Januar 1881 einen Weibergutsempfangschein ausgestellt, auf welchen gestützt Letztere in seinem Geltstage für einen Betrag von Fr. 17,709. 80 in Klasse III Anweisung erhielt. Mehrere Gläubiger erhoben Einspruch gegen diese Anweisung, weil die Eheleute St. dem Kanton Aargau heimathrechtlich angehören und Frau St. daher nicht befugt sei, gleich einer bernischen Ehefrau ein Vorrecht für die Hälfte des Zugebrachten geltend zu machen.

Die übrigen, formellen Einwendungen ergeben sich aus den Motiven des den Einspruch, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils, abweisenden oberinstanzlichen Erkenntnisses.

Erwägungsgründe:

Die Klägerschaft macht in erster Linie geltend, der Beklagten, als Nichtbernerin, stehe überhaupt kein Privileg hinsichtlich ihres zugebrachten Gutes zu. Nun bestimmt aber § 55 des aargauischen Personenrechtes,*) daß die Frau für die Hälfte des Zugebrachten ein auf das Gesammtvermögen des Mannes sich erstreckendes

*) Diese Bestimmung ist aufgehoben durch Gesetz vom 16. Nov. 1880, welches freilich erst auf 1. Juli 1881 in Kraft trat: dasselbe hebt das generelle Pfandrecht der Ehefrau auf und nähert sich überhaupt dem bernischen Recht (vgl. Ztschr. f. schweiz. Recht, Bd. 22, letzte Abth., S. 40). Red.

Digitized by Google

Pfandrecht erhalte und nach § 113 der Geltstagordnung ist sie dafür in Klasse III. anzuweisen. Der Beklagten steht somit auch nach aargauischem Recht ein Vorrecht für die Hälfte des eingekehrten Gutes zu, so daß die Frage, ob hier bernisches oder aargauisches Recht anwendbar sei, eigentlich eine bloße theoretische Bedeutung hat. Immerhin würden die Thatsache, daß die Eheleute St. vor, bei und nach ihrer Heirath in Aarberg wohnten, und die Vorschriften der Satz. 4 C. und des § 581 B.-B. für die Anwendbarkeit des bernischen Rechts sprechen (vgl. auch Urtheile in Sachen Breguet gegen Mosimann und Müller vom 2. April 1881*) und Junier gegen Ryff-Kroner vom 25. März 1881).

Was nun die weitern Einwendungen der Klägerschaft betrifft, so sind einzelne derselben, welche in den schriftlichen Vorkehren namhaft gemacht worden sind, heute nicht aufrecht erhalten worden, so der Einwand gegen die materielle Richtigkeit des Weibergutsempfangscheines vom 15./17. Januar 1881, sowie derjenige betreffend das Fehlen einer Bescheinigung über die doppelte Ausfertigung dieses Aktes. Mit Rücksicht auf die heutigen Ausführungen sind dagegen folgende Einwendungen gegen die Rechtsförmigkeit des fraglichen Empfangscheines einer nähern Prüfung zu unterwerfen. Es wird vorerst bestritten, daß die Funktionen eines außerordentlichen Beistandes bei Errichtung eines Weibergutsempfangscheines mit der Stellung desselben als Amtsschreiber unvereinbar seien, und behauptet, eine derartige Vereinigung begründe die Nichtigkeit der ganzen Verhandlung. Diese Rechtsanschauung kann indeß nicht als richtig betrachtet werden. Unser Civilgesetzbuch enthält ausdrückliche Vorschriften darüber, welche Personen nicht zu Vormündern bestellt werden sollen (Satz. 243, 244 C.), ohne den Amtsschreiber unter diesen Personen aufzuführen. Ebensowenig ergibt sich eine solche Inkompatibilität aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Obliegenheiten der Amtsschreiber (Dekret vom 24. April 1878). Mithin ist kein Grund abzusehen, weshalb ein Amtsschreiber nicht mit den Funktionen eines außerordentlichen Beistandes bei Errichtung eines Weibergutsempfangscheines sollte betraut werden dürfen, und weshalb seine daherige Mitwirkung einen Nichtigkeitsgrund des Geschäftes bilden sollte. Es fragt sich nun aber im weitern, ob Amtsschreiber Nikles fähig war, den Empfangschein in das öffentliche Buch einzutragen, und über die geschehene Eintragung ein Zeugniß auszustellen. Daß er zur Eintragung des Aktes berechtigt war, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen. Was das Einschreibungszeugniß betrifft, so könnte

*) Ztschr. XVIII, S. 1.

Digitized by Google

allerdings darüber Zweifel bestehen, ob dieses Zeugniß beweiskräftig sei. Im vorliegenden Falle kommt aber diese Frage gar nicht in Betracht, weil es, abgesehen von dem fraglichen Zeugnisse, prozedürlich hergestellt ist, daß die Eintragung stattgefunden hat und nirgends eine Vorschrift darüber enthalten ist, daß in dem Akte selbst die erforderliche Eintragung bescheinigt werden müsse (Satz 97 C.). Endlich wird noch eingewendet, es sei der mehrerwähnte Empfangschein nicht mit dem oberamtlichen — regierungsstatthalteramtlichen — Siegel versehen. Es kann nun allerdings in Zweifel gezogen werden, ob auch der s. g. nasse Stempel, der im vorliegenden Falle verwendet worden, als oberamtliches Siegel anzusehen sei. Immerhin enthält das allegirte Kreisschreiben vom 20. Oktober 1823 *) eine Ordnungsvorschrift für die Oberamtsleute, und wenn dem Akte, wie hier, ein Siegel, welches die Amtsstelle deutlich bezeichnet und das Standeswappen enthält, beigedrückt ist, so ist auch die Formalität der Besiegelung als erfüllt zu betrachten (Satz. 97 C.). Zudem dient nach Satz. 687 C. das amtliche Siegel nur zum Beweise, daß der Akt der Behörde vorgelegt worden und zur Beglaubigung der Unterschrift des Beamten und des Notars. In casu ist nun der Beweis genügend erbracht und übrigens nicht bestritten, daß der Empfangschein der Behörde vorgelegt, und eben so wenig die Unterschrift des Reg.-Statthalters angefochten worden. Auch der letzt berührte Einwand der Klägerschaft ist mithin unbegründet, und es muß dieselbe mit ihrem Einspruchsbegehren abgewiesen werden, weil der Weiberguts-empfangschein vom 15./17. Januar 1881 sich materiell und formell in Ordnung befindet.

40. Lieferung gefälschten Weins. — Geltendmachung des Mangels nach erfolgter Empfangnahme, durch Widerklage.

Ell u. Comp. c. Gaudard.

17. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. XIV, 643.

Der Weinhändler Gaudard in Bern erhielt auf Bestellung am 13. Okt. 1879 eine Sendung von ca. 32 Hektoliter Wein

*) Durch dieses Kreisschreiben wurde an Stelle der Familienwappen der Oberamtleute ein einheitliches Amtssiegel mit dem Kantonswappen

Digitized by Google

„Arbois 1876", im Fakturawerth von Fr. 1289. 60, von dem Hause F. Ell & Comp. in Dole zugesandt und ließ denselben einkellern und in andere Gebinde übergießen. Am 13. Dezember gl. J. schrieb er aber dem verkäufer'schen Hause, der Wein sei, gemäß einem von Dr. M. ausgestellten chemischen Befunde, gefälscht, d. h. er enthalte einen unächten Farbstoff. Er, der Käufer, werde daher die Faktura nicht bezahlen und Schadensersatz verlangen. — Die Verkäufer trassirten gleichwohl auf Gaudard für den Fakturabetrag und erhoben im Frühjahr 1880 die Klage auf Zahlung desselben nebst Retourspesen und Verzugzinsen. Gaudard schloß auf Abweisung der Klage und machte überdies Schadensersatzansprüche „wegen nicht gehöriger Erfüllung des zwischen Parteien abgeschlossenen Weinlieferungsvertrages" geltend. Gegen diese Widerklage warfen die Verkäufer „uneinläßlich" die Einrede der Versäumung auf, weil die Waare durch längeres Stillschweigen genehmigt sei. Dieses Rechtsbegehren wurde aber bei der Hauptverhandlung fallen gelassen. Die gerichtliche Expertise scheint die nämlichen Resultate zu Tage gefördert zu haben wie diejenige des Dr. M. — Der Streit wurde dem Appellations- und Kassations-Hofe direkt unterbreitet, welcher die Klage sowohl als auch die Widerklage, letztere nach Ableistung des Ergänzungseides über die Indentität, zusprach. Die Entschädigung wurde auf Fr. 1200 bestimmt.

Erwägungsgründe:

a) (betrifft Beweiseinreden).

b) betreffend die Vorklage:

Der Beklagte bestreitet nicht, daß ihm der Wein geliefert worden sei, für welchen die Kläger Bezahlung verlangen. Es steht im weitern fest, daß der Beklagte den fraglichen Wein am 13. Oktober angenommen, denselben nicht zur Verfügung gestellt und erst unterm 13. Dezember 1879 — also zwei Monate nach Empfang — Reklamationen bezüglich der Qualität dieses Weines erhoben hat. Unter diesen Umständen ist den Klägern das Rechtsbegehren ihrer Vorklage zuzusprechen, jedoch nur unter Vorbehalt des Entscheides über die Widerklage.

---

ersetzt. — Der Gebrauch eigentlicher Wachssigille ist längst durch den bloßer Oblaten ersetzt, und es unterliegt daher die Gleichwerthigkeit des Aufdrückens eines nassen Stempels unmittelbar auf die Urkunde nicht dem geringsten Bedenken.

Red.

Digitized by Google

c) (betreffend die peremptorische Einrede gegen die Widerklage).

d) betreffend die Widerklage:

Die Widerklage des Beklagten stützt sich auf die Behauptung, der ihm von den Klägern gelieferte Wein sei nicht ächter „Arbois," sondern vielmehr ein Falsifikat gewesen. Es kann nun vorerst nicht als zweifelhaft erscheinen, daß derjenige Wein, welcher von Apotheker Dr. Müller, sowie derjenige, der von Staatsapotheker Dr. Perrenoud untersucht wurde, nicht als Naturwein im Sinne der Verordnung vom 13. September 1879 gelten und mithin auch nicht als solcher in Handel gebracht werden darf. Eine Fälschung des Weines hat demnach jedenfalls stattgefunden. Dieselbe konnte aber offenbar nicht unterwegs, sondern nur bei den Klägern oder bei dem Beklagten vorgenommen worden sein, und es ist in Folge dessen die Frage eine müßige, auf wessen Rechnung und Gefahr die Lieferung des Weines erfolgt ist. Seitens der Kläger wird nun hauptsächlich die Identität des gerichtlich durch den Experten, Apotheker Perrenoud, untersuchten Weines mit dem von ihnen gelieferten Weine bestritten. Für die Annahme einer solchen Identität sprechen indeß gewichtige Indizien. Vorerst ist die in Art. 26 behauptete Thatsache nicht bestritten, daß der Beklagte dem Dr. Müller unmittelbar nach Ankunft des Weines ein Muster davon zur chemischen Analyse übergeben habe. Nun müßte es im höchsten Grade auffallend erscheinen, daß die beiden Expertisen so wesentlich übereinstimmen, wenn sie nicht auf den nämlichen Wein Bezug hätten. Die Zeugenaussagen sodann sprechen ebenfalls zu Gunsten des Beklagten, und es rechtfertigt sich daher die Auferlegung des Ergänzungseides an denselben über die Thatsache der behaupteten Identität des Weines (§ 274 P.). Ein letzter Einwand der Kläger bezieht sich darauf, daß die Reklamationen wegen der mangelhaften Qualität des Weines verspätet angebracht worden und die Entschädigungsansprüche des Beklagten verwirkt seien. Diese Einwendung ist nun aber aus dem Grunde unstichhaltig, weil es sich um einen verborgenen Mangel handelte, welcher nach dem Expertengutachten nur durch eine chemische Analyse und das Urtheil von Sachverständigen konstatirt werden konnte. Der Beklagte ließ den Wein sofort chemisch untersuchen und brachte seine Reklamationen bei den Klägern an, sobald er das Gutachten des Dr. Müller in Händen hatte, und mithin dazu im Stande war, nämlich durch Brief vom 13. Dezember 1879. Seine Reklamationen sind daher nicht verspätet angebracht worden.

Digitized by Google

41. Vaterschaftsklage. — Einrede des unzüchtigen Lebens der Klägerin, abgewiesen, weil nur ein Zeuge über fleischlichen Umgang mit derselben aussagt, und außerdem nur Miltgangsbesuche bezeugt sind. — Der Beklagte wird zum Reinigungseide zugelassen, weil er nur zugestanden hat, die Klägerin nach der kritischen Zeit besucht zu haben.

M. Möri c. Struchen.

22. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. Bd. XVII, S. 27, 89.

42. Unfallversicherung. — Bei Vorhandensein einer ausdrücklichen Bestimmung in den Versicherungsbedingungen, wonach der Vertrag durch Unterlassung rechtzeitiger Prämienzahlung bei Verfall erlischt, bedarf es keiner Mahnung. — Die nach dem durch Unfall eingetretenen Tode des Versicherten unter Verschweigung dieses Umstandes geleistete nachträgliche Prämienzahlung ist ungültig.

Wittwe Bechter c. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur.

23. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. Bd. XVII, S. 481.

43. Verloren gegangene Beweismittel (§ 169 Ziff. 1 P.) sind auch solche, deren Existenz der Beweisführer vorauszusetzen berechtigt war (z. B. Briefkopirbücher einer Kreditanstalt).

Wittwe von Dach u. Mith. (Bekl.) c. Kreditverein Aarberg.

24 Juni 1882.

Digitized by Google

Mitglieder einer Käsereigesellschaft werden als Vertreter der letztern bei der Einklagung der ihnen aus dem Milchlieferungsvertrage erwachsenen Forderungen betrachtet.

Käsereigesellschaft Arch c. Schlup.

29. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. XV, 332.

Im Jahre 1877 hatte die „Käsereigesellschaft von Arch" mit dem Käser Niederhäuser einen Vertrag über Milchlieferung für die Zeit vom 1. Mai 1878 bis 30. April 1879 abgeschlossen. In diesem Vertrage war, in Bezug auf die der Verkäuferschaft zustehenden Rechte und die ihr auffallenden Verpflichtungen, bald von der Gesellschaft, bald von den Mitgliedern der Gesellschaft die Rede.*) Den Verbindlichkeiten des Käufers traten drei Bürgen bei, worunter der oben genannte Beklagte. Die Unterzeichnung erfolgte „Namens der Gesellschaft" durch Präsident und Sekretär. Die Lieferung von Milch an den Käser fand statt Seitens der Mitglieder der Gesellschaft in der Zahl von 28, bis im Dezember 1878 infolge Einverständnisses mit dem Käser der Vertrag als aufgelöst erklärt wurde. Niederhäuser war auf diesen Zeitpunkt eine ziemlich bedeutende Summe für bezogene Milch schuldig. Unter dem 1. Juni 1879 erklärten 17 Milchlieferanten (von welchen indeß 2 später zurücktraten), daß sie „dem Beschlusse der Käsereigesellschaft von Arch vom 2. Februar 1879, wonach gegen die Bürgen des Käsers Niederhäuser die Anhebung des Prozesses beschlossen wurde, beitreten und daß sie ihrerseits Vollmacht zur Anhebung dieses Prozesses ertheilen." Nachdem sowohl Niederhäuser als die zwei andern Bürgen in Geltstag gefallen und die Käsereigesellschaft für den größten Theil ihrer Forderung an dieselben ungedeckt geblieben, wurde im Januar 1881 die Klage gegen Schlup anhängig gemacht für den Betrag der den oberwähnten 17 Lieferanten zustehenden Forderung mit Fr. 8223. 14. Als kläger'sche Partei wurde bezeichnet: „die Käsereigesellschaft in Arch, hier vertreten durch folgende Mitglieder," worauf die Namen der Lieferanten folgten. Der Beklagte stellte an der Spitze seiner Hauptvertheidigung das Begehren an's Recht: Es sei zu erkennen,

*) So das Urtheil. Genaueres ist über diesen wichtigen Punkt dem Thatbestand nicht zu entnehmen. Red.

Digitized by Google

41. Vaterschaftsklage. — Einrede des unzüchtigen Lebens der Klägerin, abgewiesen, weil nur ein Zeuge über fleischlichen Umgang mit derselben aussagt, und außerdem nur Kiltgangsbesuche bezeugt sind. — Der Beklagte wird zum Reinigungseide zugelassen, weil er nur zugestanden hat, die Klägerin nach der kritischen Zeit besucht zu haben.

M. Möri c. Struchen.

22. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. Bd. XVII, S. 27, 89.

42. Unfallversicherung. — Bei Vorhandensein einer ausdrücklichen Bestimmung in den Versicherungsbedingungen, wonach der Vertrag durch Unterlassung rechtzeitiger Prämienzahlung bei Verfall erlischt, bedarf es keiner Mahnung. — Die nach dem durch Unfall eingetretenen Tode des Versicherten unter Verschweigung dieses Umstandes geleistete nachträgliche Prämienzahlung ist ungültig.

Wittwe Bechter c. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur.

23. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. Bd. XVII, S. 481.

43. Verloren gegangene Beweismittel (§ 169 Ziff. 1 P.) sind auch solche, deren Existenz der Beweisführer vorauszusetzen berechtigt war (z. B. Briefkopirbücher einer Kreditanstalt).

Wittwe von Dach u. Mith. (Bekl.) c. Kreditverein Aarberg.

24 Juni 1882.

Digitized by Google

44. Mitglieder einer Käsereigesellschaft werden als Vertreter der letztern bei der Einklagung der ihnen aus dem Milchlieferungsvertrage erwachsenen Forderungen betrachtet.

Käsereigesellschaft Arch c. Schlup.

29. Juni 1882.

Vgl. Ztschr. XV, 332.

Im Jahre 1877 hatte die „Käsereigesellschaft von Arch" mit dem Käser Niederhäuser einen Vertrag über Milchlieferung für die Zeit vom 1. Mai 1878 bis 30. April 1879 abgeschlossen. In diesem Vertrage war, in Bezug auf die der Verkäuferschaft zustehenden Rechte und die ihr auffallenden Verpflichtungen, bald von der Gesellschaft, bald von den Mitgliedern der Gesellschaft die Rede.*) Den Verbindlichkeiten des Käufers traten drei Bürgen bei, worunter der oben genannte Beklagte. Die Unterzeichnung erfolgte „Namens der Gesellschaft" durch Präsident und Sekretär. Die Lieferung von Milch an den Käser fand statt Seitens der Mitglieder der Gesellschaft in der Zahl von 28, bis im Dezember 1878 infolge Einverständnisses mit dem Käser der Vertrag als aufgelöst erklärt wurde. Niederhäuser war auf diesen Zeitpunkt eine ziemlich bedeutende Summe für bezogene Milch schuldig. Unter dem 1. Juni 1879 erklärten 17 Milchlieferanten (von welchen indeß 2 später zurücktraten), daß sie „dem Beschlusse der Käsereigesellschaft von Arch vom 2. Februar 1879, wonach gegen die Bürgen des Käsers Niederhäuser die Anhebung des Prozesses beschlossen wurde, beitreten und daß sie ihrerseits Vollmacht zur Anhebung dieses Prozesses ertheilen." Nachdem sowohl Niederhäuser als die zwei andern Bürgen in Geltstag gefallen und die Käsereigesellschaft für den größten Theil ihrer Forderung an dieselben ungedeckt geblieben, wurde im Januar 1881 die Klage gegen Schlup anhängig gemacht für den Betrag der den oberwähnten 17 Lieferanten zustehenden Forderung mit Fr. 8223. 14. Als kläger'sche Partei wurde bezeichnet: „die Käsereigesellschaft in Arch, hier vertreten durch folgende Mitglieder," worauf die Namen der Lieferanten folgten. Der Beklagte stellte an der Spitze seiner Hauptvertheidigung das Begehren an's Recht: Es sei zu erkennen,

*) So das Urtheil. Genaueres ist über diesen wichtigen Punkt dem Thatbestand nicht zu entnehmen. Red.

Digitized by Google

die im Eingange der Klage namentlich genannten Personen seien nicht befugt, als Vertreter der Käsereigesellschaft von Arch gegen den Beklagten klagend aufzutreten, und es sei der Letztere von der durch diese Klage angehobenen Instanz loszusprechen. Sodann wurde einläßlich auf Abweisung der Klage angetragen. Die „fristliche" Einrede wurde damit begründet, daß der Beklagte sich nur der Gesellschaft gegenüber verbürgt und daß auch nur diese den Vertrag mit Niederhäuser abgeschlossen habe. Nur sie sei also zur Klage legitimirt. Die einzelnen Mitglieder, welche als wirkliche Kläger auftreten, seien nun zur Vertretung der Gesellschaft nicht berechtigt; einzelne derselben seien nicht einmal Mitglieder derselben gewesen zur Zeit des Vertragsabschlusses. Hierauf wurde in der Replik erwidert: als Klägerin trete die Käsereigesellschaft auf, und der einzelnen Mitglieder werde bloß insofern erwähnt, um theils die Legitimation zu vervollständigen, theils die Betreffnisse der Lieferungen, aus welchen sich die Gesammtforderung zusammensetze, näher festzustellen; die Klagpartei sei sowohl unter ihrer Firma als auch durch die einzelnen im Prozesse betheiligten Mitglieder repräsentirt. — In der Hauptsache berief sich der Beklagte namentlich darauf: die Auflösung des Vertrages sei ohne seine Zustimmung vorgenommen worden; ferner wurde die Richtigkeit der eingeforderten Beträge bestritten u. s. w. — Der Appellations- und Kassations-Hof sprach die Klage, unter Abweisung der Einrede des Beklagten, welche nichts weiter als eine Bestreitung der Aktivlegitimation sei, zu.

Erwägungsgründe:

b) betreffend die Hauptsache:

Was vorerst die Frage betrifft, ob die Aktivlegitimation der Kläger hergestellt sei, so ist in Betracht zu ziehen, daß die Käsereigesellschaften eigenthümliche Gebilde sind, indem der Käser, welcher mit einer solchen Gesellschaft einen Milchlieferungsvertrag eingeht, sich eigentlich einem jeden einzelnen Mitgliede gegenüber nach dem Verhältniß seiner Lieferungen verpflichtet. So ist denn auch in dem Milchlieferungsvertrage vom 4. Dezember 1877 von den Verpflichtungen der Mitglieder der Käsereigesellschaft von Arch die Rede, sowie auch davon, daß der Käser den Lieferanten alle Käs- und Ankenmilch nach Verhältniß ihrer Lieferungen zurückgeben solle. Die Annahme, daß die einzelnen Mitglieder einer Käsereigesellschaft berechtigt seien, jeder seine Rate von dem Käser einzufordern, wird unterstützt durch die Bestimmungen der Satz. 880 und 885 C. In Satz. 880 C. wird nämlich bestimmt,

Digitized by Google

daß in dem Falle, wo kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag errichtet wurde, jeder Gesellschafter als zur Geschäftsführung berechtigt gelten soll, und nach Satz. 885 C. kann jeder Gesellschafter die Rechte der Gesellschaft Dritten gegenüber in dem Maße geltend machen, als er zur Geschäftsführung befugt ist. In casu läßt sich auch noch die Analogie des Rechtsverhältnisses beim Miteigenthum heranziehen (Satz. 396 C.). Die Mehrheit der Mitglieder der Käsereigesellschaft von Arch klagt den ihr beziehenden Antheil des Guthabens der Gesellschaft an den Käser von dem Beklagten als Bürgen desselben ein. Darin liegt eine bloße Verwaltungshandlung, und es ist nicht abzusehen, warum die Mehrheit der Gesellschafter zur Vornahme einer solchen nicht eben so gut berechtigt sein sollte, wie eine Mehrheit von Miteigenthümern es ist.*) Es versteht sich auch von selbst, daß die Bürgen auch für die Forderungen der nachträglich der Gesellschaft beigetretenen Mitglieder haften, weil der Milchlieferungs- und Bürgschaftsvertrag mit der Gesellschaft als solcher abgeschlossen wurde, nicht aber mit ihren einzelnen damaligen Mitgliedern. Die Legitimation der Klägerschaft erscheint demnach als hergestellt, und auch diejenige des klägerischen Anwaltes kann angesichts der Erklärung vom 4. Juni 1879 nicht angezweifelt werden.

In materieller Beziehung wird vom Beklagten die Rechtsförmigkeit und Rechtsverbindlichkeit der Milchbüchlein der Lieferanten bestritten, womit die Klägerschaft in Verbindung mit dem Milchbuche des Käsers Niederhäuser die Begründetheit ihrer Forderungen an den Letztern beweisen will. Nun finden sich allerdings verschiedene Differenzen vor zwischen dem Milchbuche des Niederhäuser und den Milchbüchlein der Klägerschaft, aber es wird dadurch die Glaubwürdigkeit der Letztern um so weniger zerstört, als sich die Milchlieferanten nach dem Expertengutachten bedeutend zu ihren Ungunsten verrechnet haben. Es muß daher angenommen werden, die Forderung der Klägerschaft an Niederhäuser sei materiell begründet, und es ist noch der letzte Einwand des Beklagten zu erörtern, dahingehend, es habe die Käsereigesellschaft von Arch durch ihren unterm 20. Dezember 1878 ohne Mitwirkung der

*) Die hier herbeigezogenen Bestimmungen des Gesellschafts- und des Sachenrechts erscheinen nicht zutreffend. Es würde die Auffassung wohl näher liegen, daß die Organe der Gesellschaft als Beauftragte der einzelnen Lieferanten den Vertrag mit dem Käser abgeschlossen hatten und nun auch zur Einforderung des Guthabens derselben und somit als ihre Vertreter bevollmächtigt seien. Die Bezeichnung der Kläger in der Klage als Vertreter der Gesellschaft läßt sich unseres Erachtens nicht rechtfertigen. Red.

Digitized by Google

Bürgen erfolgten Rücktritt vom Milchlieferungsvertrage d d. 4. Dezember 1877 ihr Regreßrecht gegenüber den Letztern verwirkt (Satz. 920 C.). Dies ist nicht der Fall, denn durch die vorzeitige Aufhebung jenes Vertrages ist den Bürgen nicht nur kein Nachtheil erwachsen, sondern dieselbe lag vielmehr in ihrem Interesse. In dem kurze Zeit nachher über Niederhäuser vollführten Geltstage erzeigte sich nämlich ein sehr bedeutendes Defizit, so daß angenommen werden muß, er sei schon zur Zeit der Aufhebung des Vertrages unter seinen Sachen gestanden. Jede weitere Milchlieferung an ihn hätte in Folge dessen nur dazu gedient, seine Bürgen noch mehr zu belasten und der Beklagte kann daher die einseitige Aufhebung des gedachten Vertrages nicht als Liberationsgrund von seiner bürgschaftlichen Haftung geltend machen.

45. Der Inhaber einer Fischereigerechtigkeit kann die Ausführung eines amtlich genehmigten Entwässerungsunternehmens nicht durch provisorische Verfügung hemmen.

Bernhard c. Kommission zur Korrektion des Oenzbaches.

29. Juni 1882.

Erwägungsgründe:

Der Impetrant verlangt in seinem Rechtsbegehren, daß in Form einer provisorischen Verfügung den Impetraten untersagt werde, bis nach Erledigung der gegen die fragliche Korrektion des Oenzbaches eingereichten Einsprache die Korrektionsarbeiten fortzusetzen. Nun geht die Einsprache des Impetranten dahin, daß er auf Grund seiner Fischereiberechtigung überhaupt gegen eine Korrektion Opposition erhebe. Nach § 57 des Gesetzes über den Unterhalt und die Korrektion der Gewässer vom 3. April 1857 *) ist eine solche Einsprache aber nicht zulässig, und zudem hat dieselbe, wie konstatirt, durch abweisenden Bescheid Seitens der Administrativbehörde vom 25. Januar 1881 ihre Erledigung gefunden. Die rein formelle, sich einfach auf den Wortlaut des vom Im-

*) „Das gegenwärtige Gesetz ändert nichts an dem Gesetze und den Rechten über die Fischerei. — Aus Grund der Fischereiberechtigung kann jedoch gegen Gewerbsbauten, Versicherungsbauten und Korrektionen an Gewässern keine Einsprache erhoben werden."

Digitized by Google

petranten zum Recht gesetzten Schlusses in seiner erhobenen Einsprache beziehende Auffassung der Streitfrage muß deshalb zur Abweisung des Impetranten mit seinem Antrage führen. Allein die Impetratin macht ferner geltend, durch die Bestimmung des Art. 57 des angerufenen Gesetzes werde der Fischezenberechtigung der Besitzesschutz überhaupt entzogen. Nun liegt jedenfalls dieser Gesetzesstelle der Gedanke zu Grunde, daß die Fischereiberechtigung als minderes Recht einem bedeutenderen Rechte gegenüber weichen muß (Gerber, deutsches Privatrecht, § 94; Bluntschli, deutsches Privatrecht, § 79;*) Zürcher Gesetzbuch, §§ 676—679; Seuff. Arch., Band XXXI, Nr. 253; bern. Gesetz über Ausübung der Fischerei vom 26. Februar 1833, § 5; und Bundesgesetz über die Fischerei vom 18. Sept. 1875, § 5;) und es kann sich nur fragen, in welchem Maße dies der Fall ist. Darüber ist wohl kein Zweifel möglich, daß an einem Fischezenrecht ein Besitzstand möglich ist, und daß solches an und für sich zu schützen wäre (§ 316, Ziff 1 ꝛc.). Es ist daher zu untersuchen, ob im vorliegenden Falle dieser Besitzesschutz ausgeschlossen sein soll. Zu einer Lösung dieser Frage dürften folgende Erwägungen führen: In den Artikeln 40 ff. des Gesetzes vom 2. April 1857 waren Bestimmungen getroffen über das behufs Korrektionen an Privatgewässern einzuschlagende Verfahren. Danach können allerdings Einsprachen gegen das Unternehmen angebracht werden, allein die Minderheit der an der Korrektion betheiligten Grundeigenthümer kann sich der Ausführung derselben doch nicht mit Erfolg widersetzen (§ 45 des Gesetzes), und aus Grund der Fischereiberechtigung ist Einsprache gar nicht zulässig (§ 57). Wenn sich mithin der Fischereiberechtigte das Unternehmen ohne weiteres gefallen lassen muß, wenn sein Recht da nicht in Betracht fallen soll, so kann ihm denn auch nicht zugestanden werden, aus Grund seines Rechtes und zum Schutze desselben mittelst einer provisorischen Verfügung dem Unternehmen doch hindernd in den Weg zu treten. Sowohl die ratio legis als der Context des Art. 57 des Gesetzes vom 3. April 1857 sprechen für die Auffassung der Impetratin, daß der Impetrant ihr gegenüber nicht berechtigt sei, auf Grund des gestörten Besitzes den Erlaß der anbegehrten provisorischen Verfügung zu verlangen. Dabei kann im gegenwärtigen Verfahren die Frage offen gelassen werden, ob ein Fischezenrecht zu denjenigen auf Grundeigenthum bezüglichen Rechten gehört, für welche nach dem Gesetze vom 3. Sept. 1868 Entschädigung zu

*) Die angeführten Schriftsteller kennen eine so weitgehende Beschränkung wie die hier in Frage kommende nicht.

Digitized by Google

leisten ist, denn ein eventuelles Recht auf Entschädigung könnte auch in anderer Weise gewahrt werden als auf dem Wege einer provisorischen Verfügung.

Das Rechtsbegehren des Impetranten ist mithin unbegründet und er muß mit demselben abgewiesen werden.

46. Haftpflicht der Eisenbahnen wegen Tödtungen und Verletzungen beim Betrieb. — Verletzung eines Angestellten bei einer nicht in seinen Geschäftskreis fallenden Arbeit. — Einrede des Selbstverschuldens. — Freie Beweiswürdigung. — Faktoren der Schadenersatzbestimmung.

Wittwe Röthlisberger c. Jura-Bern-Bahn.

30. Juni 1882.

Erwägungsgründe:*)

Die Klägerin erhebt gegen die Jura-Bern-Luzernbahngesellschaft einen Entschädigungsanspruch, gestützt auf Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen, weil ihr Ehemann am 1. Mai 1880 beim Wagenschieben auf der Station Aarberg verunglückt und an den Folgen des Unfalls bald darauf gestorben ist.

In faktischer Beziehung steht folgendes fest: Am 1. Mai 1880, nach Ankunft des letzten Zuges von Lyß — ungefähr um 7 ½ Uhr — sollten zwei zusammengekoppelte Wagen, nämlich ein offener Kohlenwagen und ein gedeckter Güterwagen, abgehängt und vom Geleise Nr. II. auf das Rampengeleise Nr. III. gebracht werden (vergl. den beiliegenden Situationsplan). Zu diesem Ende mußten diese Wagen bis zu dem Holzrampengeleise Nr. IV. hinaufgeschoben werden. Röthlisberger schob rechts vorn am Güterwagen, der verstorbene Weichenwärter Steiner und der Stationsgehülfe Kohler schoben am Kohlenwagen links hinten. Am Ende der Holzrampe befand sich ebenfalls ein Wagen, und Röthlisberger wollte, um einen Zusammenstoß zu vermeiden, den Güterwagen bremsen. Da diese Stelle sehr schmal war, mußte Röthlisberger den Güter-

*) Das Urtheil wurde auf Appellation der Beklagten in allen Theilen bestätigt vom Bundesgericht am 23. Sept. 1883 (A. S. VIII, 529).

Digitized by Google

wagen besteigen, wurde dabei von der Holzrampe erfaßt und zwischen Rampe und Wagen gedrückt, was seinen Tod zur Folge hatte. Der verstorbene Johann Röthlisberger von Langnau, geb. 1854, war Stationsvorstand von Aarberg und hatte eine Jahresbesoldung von Fr. 1320. — nebst freier Station. Gleichzeitig war er auch Ohmgeldeinnehmer mit einer Besoldung von Fr. 400. —. Er hinterließ eine Wittwe, die heutige Klägerin, und zwei Kinder, von denen das jüngste erst nach seinem Tode geboren wurde (sic).

Die beklagte Bahngesellschaft stellt sich ebenfalls auf den Boden des Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 und macht von diesem Standpunkte aus die Einrede des Selbstverschuldens des Getödteten geltend. Sie behauptet nämlich, die Gefahr, welcher sich Röthlisberger aussetzte, als er auf den Tritt zu springen versuchte, während der Wagen schon dicht an die Holzrampe heran gefahren war, sei so augenfällig gewesen, daß er sie bei der geringsten Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Nun liegt die Beweislast in dieser Beziehung ganz der Beklagten ob, und sie kann sich nur liberiren, wenn ihr der Nachweis gelingt, daß der Verunglückte den Unfall durch eigenes Verschulden herbeigeführt hat. Zu den Art. 38 ff. wurden der Stationsgehülfe Fritz Kohler und der Weichenwärter Rudolf Steiner als Zeugen angerufen. Der Letztere ist jedoch seither gestorben, und es konnte daher nur der Zeuge Kohler abgehört werden. Streng formell wäre daher der versuchte Beweis der Beklagten schon deshalb mißlungen, weil die Aussage *eines* Zeugen nicht beweiskräftig ist. Wenn man aber auch Angesichts des Art. 11 des Gesetzes auf die Depositionen des Fritz Kohler eingeht, so läßt sich allerdings sagen, Röthlisberger habe die Lokalität gekannt und hätte deshalb an jener gefährlichen Stelle beim Holzrampengeleise größere Vorsicht anwenden und namentlich früher auf den Wagen springen sollen. Dagegen ergeben sich doch aus den Aussagen des Kohler hinreichende Anhaltspunkte, welche das Verhalten des Röthlisberger entschuldigen und die Einrede des Selbstverschuldens als unbegründet erscheinen lassen. Es geht nämlich aus denselben hervor, daß das Bahnpersonal in Aarberg aus bloß drei Personen besteht, welche in Folge dessen stark in Anspruch genommen werden, daß die Mitwirkung des Stationsvorstandes Röthlisberger bei dem Wagenschieben am Abend des 1. Mai 1880 *unbedingt* erforderlich war, daß die schwere Last von ungefähr 300 Centnern ihn zu einer gebückten Stellung nöthigte, sowie endlich, daß er zu bremsen und zu diesem Zwecke den Güterwagen zu besteigen gezwungen war. Unter diesen Umständen ist es daher erklärlich, wenn Röthlisberger den richtigen Moment zum Aufspringen verfehlte, und es

Digitized by Google

muß der Unfall einem unglücklichen Zufalle zugeschrieben werden. Ist nun aber die Einrede des eigenen Verschuldens ausgeschlossen, so kann sich die Bahn ihrer Haftpflicht nicht entziehen und die vorliegende Klage erscheint als prinzipiell begründet.

Was die Höhe der von der Beklagten zu leistenden Entschädigung – wobei die Parteien einig sind, daß dieselbe in einer Aversalsumme bestehen soll — betrifft, so macht Lemma 2 des Art. 5 des Bundesgesetzes Regel. Als maßgebende Faktoren für die Berechnung des der Familie Röthlisberger durch den Entzug des Unterhalts erwachsenen Schadens fallen in Betracht einerseits die Besoldung von Fr. 1320. —, welche Röthlisberger als Stationsvorstand bezog, und der Genuß einer freien Station, sowie sein ferneres Einkommen von Fr. 400. — als Ohmgeldeinnehmer, welche Stelle ihm offenbar mit Rücksicht auf seine Eigenschaft als Stationsvorstand übertragen worden war, anderseits der Umstand, daß Röthlisberger eine Wittwe mit zwei kleinen Kindern hinterlassen hat. Daß auch auf das nach dem Tode des Vaters geborne Kind bei der Berechnung der Entschädigung Rücksicht zu nehmen sei, gibt die Beklagte selbst zu. Nicht zu berücksichtigen ist dagegen das Anstellungsverhältniß der Klägerin bei der Beklagten, weil dasselbe nicht durch den Tod ihres Mannes bedingt war, sondern sie die Stelle ebensogut bei dessen Lebzeiten hätte versehen können. Ebensowenig darf aber auch dem Umstande, daß die Klägerin seit dem Zeitpunkte des Unfalls kränklich ist, bei der Festsetzung der Entschädigungssumme irgend welcher Einfluß eingeräumt werden, weil dies eine bloße zufällige Folge jenes Ereignisses ist. In Würdigung aller Verhältnisse dürfte im vorliegenden Falle eine Entschädigung von Fr. 14,000, zinsbar à 5% seit dem Tage des Unfalls — als angemessen und jedenfalls als nicht zu hoch gegriffen erscheinen.

47. Distanzkauf. — Einreden gegen die Forderung des Kaufpreises. — Bedeutung der Faktur für die Preisbestimmung. Verspätete Bemängelung. Comestibles-Handel.

Roi c. Oesch.

30. Juni 1882.

Ch. Roi in Genf sandte dem Gastwirth Oesch in Interlaken in Folge Bestellung am 6. Mai 1879 zwölf Kisten mit diversen

Digitized by Google

Eßwaaren (wie es scheint, handelte es sich unter anderm um getrocknete Früchte u. dgl.). Die Sendung wurde am 11. Mai vom Käufer in Empfang genommen, welcher dann am 14. gl. Mts. ein Kistchen Muskattrauben als nicht bestellt refüsirte. Der Versender erkannte den bezüglichen Irrthum an und brachte hiefür einen Betrag von Fr. 24 von der im Ganzen Fr. 914. 70 betragenden Faktur in Abzug. Erst am 4. Juni gl. J. schrieb Oesch: Er bedaure, auch noch die Annahme von drei weitern Kisten im Werth von Fr. 92. 20 verweigern zu müssen, weil die in denselben enthaltenen Pflaumen in seinem Hotel nicht brauchbar seien. Ueberhaupt sei die Lieferung nicht mit der nöthigen Sorgfalt ausgeführt, nicht musterkonform u. s. w., so daß die Tratte nicht vor dem 15. Oktober (statt 30. August) eingelöst werden könne. Hierauf entspann sich eine Korrespondenz, in welcher Oesch „alle Waaren zur Verfügung zu stellen drohte," wenn Roi sich seinen Reklamationen nicht füge u. s. w. — Später offerirte er wieder, Fr. 798. 58 auf Ende September 1879 zu bezahlen. — Auf die Zahlungsaufforderung des verkäufer'schen Bevollmächtigten für Fr. 990. 70 (statt Fr. 890. 70, wie später berichtigt wurde), erkannte er Fr. 750 an und bestritt die Mehrforderung. Der Appellations- und Cassations-Hof verurtheilte ihn zur Zahlung der vollen Klagforderung mit Fr. 890. 70 nebst Zins und Fr. 600 (!) Kosten.*)

Erwägungsgründe:

Der Beklagte verlangt eine Reduktion der kläger'schen Forderung einerseits, weil die fakturirten Preise zu hoch gegriffen seien, und anderseits auf Grund der mangelhaften Beschaffenheit der ihm vom Kläger gelieferten Waaren. Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so ist allerdings bezüglich des Preises zwischen Parteien nichts ausgemacht worden, allein die Preise der einzelnen Waaren sind in der Faktur à raison angegeben und der Beklagte hat dagegen keine Reklamation erhoben, so daß diese Preisbestimmung als genehmigt zu betrachten ist und unter Parteien Regel machen muß.

Nun macht der Beklagte im weitern geltend, die gelieferten Waaren seien von mangelhafter Beschaffenheit gewesen, und er sei mithin berechtigt, vom Kläger eine Preisminderung zu verlangen. Der Letztere bestreitet seinerseits, daß der Beklagte seine Reklamationen rechtzeitig angebracht habe und mit denselben dermalen

*) Es ist sehr auffallend, daß wegen der geringen Differenz von Fr. 140 ein ordentlicher Prozeß angehoben wurde.

Digitized by Google

muß der Unfall einem unglücklichen Zufalle zugeschrieben werden. Ist nun aber die Einrede des eigenen Verschuldens ausgeschlossen, so kann sich die Bahn ihrer Haftpflicht nicht entziehen und die vorliegende Klage erscheint als prinzipiell begründet.

Was die Höhe der von der Beklagten zu leistenden Entschädigung – wobei die Parteien einig sind, daß dieselbe in einer Aversalsumme bestehen soll — betrifft, so macht Lemma 2 des Art. 5 des Bundesgesetzes Regel. Als maßgebende Faktoren für die Berechnung des der Familie Röthlisberger durch den Entzug des Unterhalts erwachsenen Schadens fallen in Betracht einerseits die Besoldung von Fr. 1320. —, welche Röthlisberger als Stationsvorstand bezog, und der Genuß einer freien Station, sowie sein ferneres Einkommen von Fr. 400. — als Ohmgeldeinnehmer, welche Stelle ihm offenbar mit Rücksicht auf seine Eigenschaft als Stationsvorstand übertragen worden war, anderseits der Umstand, daß Röthlisberger eine Wittwe mit zwei kleinen Kindern hinterlassen hat. Daß auch auf das nach dem Tode des Vaters geborne Kind bei der Berechnung der Entschädigung Rücksicht zu nehmen sei, gibt die Beklagte selbst zu. Nicht zu berücksichtigen ist dagegen das Anstellungsverhältniß der Klägerin bei der Beklagten, weil dasselbe nicht durch den Tod ihres Mannes bedingt war, sondern sie die Stelle ebensogut bei dessen Lebzeiten hätte versehen können. Ebensowenig darf aber auch dem Umstande, daß die Klägerin seit dem Zeitpunkte des Unfalls kränklich ist, bei der Festsetzung der Entschädigungssumme irgend welcher Einfluß eingeräumt werden, weil dies eine bloße zufällige Folge jenes Ereignisses ist. In Würdigung aller Verhältnisse dürfte im vorliegenden Falle eine Entschädigung von Fr. 14,000, zinsbar à 5% seit dem Tage des Unfalls — als angemessen und jedenfalls als nicht zu hoch gegriffen erscheinen.

47. Distanzkauf. — Einreden gegen die Forderung des Kaufpreises. — Bedeutung der Faktur für die Preisbestimmung. Verspätete Bemängelung. Comestibles-Handel.

Roi c. Oesch.

30. Juni 1882.

Ch. Roi in Genf sandte dem Gastwirth Oesch in Interlaken in Folge Bestellung am 6. Mai 1879 zwölf Kisten mit diversen

Digitized by Google

Eßwaaren (wie es scheint, handelte es sich unter anderm um getrocknete Früchte u. dgl.). Die Sendung wurde am 11. Mai vom Käufer in Empfang genommen, welcher dann am 14. gl. Mts. ein Kistchen Muskattrauben als nicht bestellt refüsirte. Der Versender erkannte den bezüglichen Irrthum an und brachte hiefür einen Betrag von Fr. 24 von der im Ganzen Fr. 914. 70 betragenden Faktur in Abzug. Erst am 4. Juni gl. J. schrieb Oesch: Er bedaure, auch noch die Annahme von drei weitern Kisten im Werth von Fr. 92. 20 verweigern zu müssen, weil die in denselben enthaltenen Pflaumen in seinem Hotel nicht brauchbar seien. Ueberhaupt sei die Lieferung nicht mit der nöthigen Sorgfalt ausgeführt, nicht musterkonform u. s. w., so daß die Tratte nicht vor dem 15. Oktober (statt 30. August) eingelöst werden könne. Hierauf entspann sich eine Korrespondenz, in welcher Oesch „alle Waaren zur Verfügung zu stellen drohte," wenn Roi sich seinen Reklamationen nicht füge u. s. w. — Später offerirte er wieder, Fr. 798. 58 auf Ende September 1879 zu bezahlen. — Auf die Zahlungsaufforderung des verkäufer'schen Bevollmächtigten für Fr. 990. 70 (statt Fr. 890. 70, wie später berichtigt wurde), erkannte er Fr. 750 an und bestritt die Mehrforderung. Der Appellations- und Cassations-Hof verurtheilte ihn zur Zahlung der vollen Klagforderung mit Fr. 890. 70 nebst Zins und Fr. 600 (!) Kosten.*)

Erwägungsgründe:

Der Beklagte verlangt eine Reduktion der kläger'schen Forderung einerseits, weil die fakturirten Preise zu hoch gegriffen seien, und anderseits auf Grund der mangelhaften Beschaffenheit der ihm vom Kläger gelieferten Waaren. Was zunächst den ersten Punkt betrifft, so ist allerdings bezüglich des Preises zwischen Parteien nichts ausgemacht worden, allein die Preise der einzelnen Waaren sind in der Faktur à raison angegeben und der Beklagte hat dagegen keine Reklamation erhoben, so daß diese Preisbestimmung als genehmigt zu betrachten ist und unter Parteien Regel machen muß.

Nun macht der Beklagte im weitern geltend, die gelieferten Waaren seien von mangelhafter Beschaffenheit gewesen, und er sei mithin berechtigt, vom Kläger eine Preisminderung zu verlangen. Der Letztere bestreitet seinerseits, daß der Beklagte seine Reklamationen rechtzeitig angebracht habe und mit denselben dermalen

*) Es ist sehr auffallend, daß wegen der geringen Differenz von Fr. 140 ein ordentlicher Prozeß angehoben wurde.

Digitized by Google

noch gehört werden könne, und es wird daher zu untersuchen sein, wie sich die Sache in dieser Beziehung verhält.

Nach Art. 246 des schweizer. Obligationenrechtes, welches hier einen Grundsatz aufstellt, der allgemeinen Rechtens ist,*) gilt eine gekaufte Sache als genehmigt, wenn der Käufer deren Beschaffenheit nicht prüft, sobald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist, und dem Verkäufer nicht sofort von allfällig entdeckten Mängeln Anzeige macht. Nun hat der Beklagte die Sendung spätestens am 14. Mai 1879 erhalten, an welchem Tage er wegen der nicht bestellten Muskattrauben reklamirte. Eine weitere Reklamation bezüglich des übrigen Theiles der gesandten Waaren erfolgte dagegen erst durch Brief vom 4. Juni 1879, also ungefähr drei Wochen nach Empfang derselben. Freilich stellt der Beklagte in Art. 35 die Behauptung auf, derartige Waaren — comestibles — würden übungsgemäß nicht sofort beim Empfange, sondern erst dann geprüft, wenn sie gebraucht werden sollen. Das Expertengutachten spricht sich zwar über diesen Punkt, zu welchem als Beweismittel Sachverständige und Schlußfolgerungen angerufen worden, nicht aus; aber es liegt außer Zweifel, daß mit Bezug auf Eßwaaren dem Käufer die gleiche Verpflichtung obliegt, wie dem Empfänger anderer Waaren, und daß auch hier die Waare als genehmigt gelten muß, wenn die Reklamationen nicht sobald thunlich angebracht werden. Wenn auch gewisse Eßwaaren, deren Beschaffenheit es erheischt, daß sie, einmal ausgepackt und dem Luftzutritt zugänglich gemacht, sofort konsumirt werden müssen, dieses Umstandes wegen eine Ausnahme bilden, so trifft dieselbe hier nicht zu. Soviel ist nun jedenfalls klar, daß der Beklagte keineswegs einen Zeitraum von drei Wochen nöthig hatte, um sich über die Qualität der ihm vom Kläger zugesandten Waaren ein Urtheil zu bilden. Es muß somit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angenommen werden, diese Waaren seien vom Beklagten genehmigt und es kann auf die Reklamationen des Letztern nicht mehr eingetreten werden. Daraus folgt die Begründetheit des kläger'schen Rechtsbegehrens, und es ist dasselbe dem Kläger unter Berichtigung

*) Diese Behauptung geht zu weit. Die Untersuchungs- und Anzeigepflicht ist dem römischen, bezw. gemeinen deutschen Rechte unbekannt. In die bernische Praxis ist sie seit den 50er Jahren als Usanz des kaufmännischen Verkehrs aufgenommen worden, ohne daß man sich sonderlich bemüht hätte, ihr Verhältniß zum bestehenden Rechte klar zu legen. Dabei galt dann auch nur die Wandlungsklage, nicht aber die Minderungsklage als ausgeschlossen. — Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch hat sie für solche Distanzkäufe, welche Handelsgeschäfte sind, gesetzlich normirt; nur das auf vorliegenden Fall noch nicht anwendbare schweizer. O.-R. dehnt es auf alle Kaufverträge aus. Red.

Digitized by Google

eines Rechnungsirrthums von Fr. 1. 40 in der Faktur, in einem Betrage von Fr. 889. 30 zuzusprechen.

48. Distanzkauf. — Hat der Käufer die Waare nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt, so gilt dieselbe als genehmigt, sofern er nicht beweist, daß der Mangel bei ordnungsmäßiger Untersuchung nicht erkennbar war, und sich erst beim Verbrauche zeigen konnte.

Hypothekarkasse Solothurn c. Bühler.

6. Juli 1882.

Vgl. S. 60. hievor.

E. Vigier in Solothurn hatte dem Brenner Bühler in Brügg durch seinen „Lehrling" Isaak Diedisheim 50 Säcke Mehl zum Brennen verkauft und seither geliefert. Sechs Tage nach Ankunft der Waare beim Käufer sandte der Verkäufer dem letztern die Faktur sammt einem Wechsel für den Kaufpreis zum Accept. Einen Monat später reklamirte Vigier wegen des Wechsels, den er nicht zurückerhalten. Nach fernern 5 Wochen zeigte er dem Käufer an, daß er neuerdings für den fragl. Betrag auf ihn trassirt und den Wechsel abgegeben habe. Jetzt antwortete Bühler, er werde den Wechsel nicht einlösen, denn das Mehl sei von schlechter Qualität, gebe keinen trinkbaren Branntwein u. s. w.; von den gesandten 50 Säcken seien 30 gebraucht; die übrigen ständen zur Disposition. Nach Einklagung des Kaufpreises Seitens der Hypothekarkasse Solothurn als Cessionarin des Vigier machte Bühler dann noch geltend: am 15. Dezember 1877 (6 Tage nach Empfang der Waare), nachdem bereits 32 Säcke „eingemaischt" gewesen, habe obgenannter Diedisheim ihm den ersten Wechsel zum Accept präsentirt, und nun habe er (Beklagter) diesem Vertreter des Verkäufers gegenüber seine Reklamationen geltend gemacht, und jenes ihm Ausgleichung der Differenz versprochen, unter dem Beifügen: sein Prinzipal sei eben auch betrogen worden u. s. w. — In Wirklichkeit, behauptete Bühler, bestehe die Waare aus Reisstaub, mit Sand vermischt, was erst beim Brennen habe bemerkt werden können. Er verlangte Schadensersatz, resp. Preisminderung auf der verbrauchten und Rücknahme der noch vorhandenen Waare. Die in der Klage (Art. 7) aufgestellte Thatsache, daß er „nicht nur keine sofortigen Reklamationen erhoben, sondern

Digitized by Google

den Kläger sogar ohne Antwort gelassen habe", verneinte der Beklagte in seiner eidlichen Einvernahme, und fügte dann Angaben über seine Besprechung mit Diedisheim bei. Der Beklagte wurde ur Zahlung des vollen Kaufpreises verurtheilt.

Erwägungsgründe:

Die vorliegende Klage hat zum Gegenstand die Forderung für eine dem Beklagten auf Bestellung hin von dem Rechtsverfahren der heutigen Klägerin gemachte Lieferung von Mehl zum Brennen. Der Beklagte bestreitet diese Klage nicht grundsätzlich, will aber von dem Betrage derselben verschiedene Abzüge machen, auf Grund der mangelhaften Qualität der gelieferten Waare. Er behauptet in erster Linie, er habe dem Reisenden des Vigier erklärt, das Mehl sei schlecht, er könne dasselbe nicht brauchen; daraufhin habe ihm der erstere erwiedert, er (Bühler) solle das Mehl nur behalten, das Haus Vigier, welches selbst betrogen worden sei, werde ihn schon schadlos halten. Nun hat aber Vigier, welchem über den dießbezüglichen Artikel 19 der Eid zugeschoben wurde, ausgesagt, er könne darüber keine Auskunft geben. Derjenige Passus der Depositionen der Beklagten zu Art. 7, welcher die in Art. 19 enthaltenen Behauptungen reproduzirt und dessen Streichung von der Klägerschaft verlangt worden ist, darf nicht berücksichtigt werden, weil er mit den Aussagen des Vigier als Eidesdelaten zu Art. 19 in Kollision tritt und zudem über das Beweisthema des Art. 7 hinausgeht. Es ist daher nur konstatirt, daß der Beklagte wegen des Mehles bei Diedisheim reklamirte, nicht aber, daß er demselben die Waare sofort zu Handen seines Prinzipals zur Verfügung stellte. Mithin braucht die Frage nicht erörtert zu werden, ob Diedisheim befugt war, sich für das Haus Vigier in rechtsverbindlicher Weise auf die Reklamationen des Beklagten einzulassen, weil der Letztere das Mehl ohne Weiteres angenommen und zum großen Theil schon verbraucht hat. Unter diesen Umständen bleibt nur noch zu untersuchen, ob der Beklagte berechtigt war, am 23. Februar 1878 die noch vorhandenen Säcke von der Mehllieferung, welche er am 13. Dezember 1877 erhalten hatte, zur Verfügung zu stellen und für die schon verbrauchten Säcke Entschädigung zu verlangen, oder ob nicht die Waare durch das Verhalten des Beklagten als genehmigt betrachtet werden muß. Nun gilt nach allgemeinen Handelsgrundsätzen eine Waare als genehmigt, wenn der Käufer die Prüfung derselben nicht innert angemessener Frist vornimmt und nicht sofort nach Entdeckung des Mangels dem Verkäufer Anzeige macht und ihm die Waare zur Verfügung stellt (vgl. z. B. Art. 246 des

Digitized by Google

des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht).*) Im vorliegenden Falle ist nicht genügend konstatirt, ob es sich um einen verborgenen Mangel handelte oder nicht. Das Expertengutachten spricht sich darüber nicht aus, und es spricht gegen die erstere Annahme der Umstand, daß der Beklagte sofort bei dem Reisenden Reklamationen erhob, während allerdings nach den bezüglichen Zeugenaussagen die Annahme naheliegt, daß der Mangel des gelieferten Mehles ein verborgener war. Sollte Letzteres aber auch der Fall sein, so ergibt sich doch aus dem Gutachten der Experten zu Art. 33 der Replik, daß der daherige Mangel schon nach 6 bis 8 Tagen und nach Verarbeitung von etwa 3 Doppelzentnern Mehl hätte entdeckt werden können. In dem Umstande, daß der Beklagte 32 Doppelzentner Mehl zum Brennen verwendete und erst nach Verfluß von mehr als 2 Monaten den Rest der Waare zur Verfügung stellen wollte, muß daher nothwendiger Weise eine Genehmigung dieser Waare gefunden werden. Dem Kläger ist also sein Klagsbegehren im vollen Umfange zuzusprechen und der Beklagte mit dem Rechtsbegehren seiner Widerklage abzuweisen.

49. Zur Anfechtung von Anweisungen im Gantstagsverfahren. — Zum Einspruch gegen den Klassifikationsentwurf sind nur wirkliche Gläubiger, nicht bloße Mitbürgen des Gantstagers als eventuell Regreßberechtigte, legitimirt. — Die Legitimation ist nach dem Recht des Konkursortes zu beurtheilen.

Rothenbühler (Bekl.) c. Kummer u. Mith. (Kl.).

6. Juli 1882.

Vgl. Ztschr. XVIII, S. 464.

Erwägungsgründe:

Vor Allem aus wird Seitens des Beklagten die Aktivlegitimation der Kläger zum vorliegenden Einspruchsprozesse bestritten

*) Eine „Zurverfügungsstellung" wird nirgends gesetzlich verlangt, besonders nicht, wenn nur die Preisminderung in Frage liegt (vergl. Fuchsberger, Entsch. d. R. O. H. G., S. 567). Bereits verbrauchte Waare kann doch nicht zurückgeboten werden. Daß „Reklamationen" angebracht worden, scheint in casu aktenmäßig festgestellt gewesen zu sein, und der Bevollmächtigte des Klägers, welcher die Bestellung aufgenommen hatte, war auch zur gültigen Entgegennahme der Mängelanzeige befugt, vergl. z. B. R. O. H. G., S. 105 ff. Red.

Digitized by Google

und zwar unter Berufung auf § 594 V.-V., wonach nur die Gläubiger oder der Schuldner selbst zum Einspruch gegen den Klassifikations- und Verheilungsentwurf im Geltstage des Letztern berechtigt sind, sowie unter Hinweis darauf, daß die Kläger die Forderung der Geltstagsmasse des Benz Kaiser in Solothurn an den Geltstager Mühlethaler gar nicht eingelöst haben und mithin auch nicht als Gläubiger des Letztern zu betrachten sind. Nun ist allerdings richtig, daß ein Bürge erst dann als Gläubiger auftreten kann, wenn er die Forderung, für welche er als Bürge haftet, eingelöst hat und so in die Rechte des ursprünglichen Gläubigers eingetreten ist (Satz. 923 C., § 595 V.-V.). Daraus folgt, daß in casu die Kläger keineswegs einspruchsberechtigte Gläubiger im Sinne des § 594 V.-V. sind und ihnen daher die Aktivlegitimation zur Klage abgeht. Die Klägerschaft sucht nun zwar ihre Legitimation durch die Berufung auf solothurnisches Recht herzustellen, indem sie geltend macht, nach § 1357 des dortigen Civilgesetzbuches könne der vom Gläubiger belangte Bürge auch vor geleisteter Zahlung den Rückgriff auf den Schuldner oder den dritten Bürgen nehmen. Diese Argumentation erweist sich indeß nach einer doppelten Richtung hin als unstichhaltig. In erster Linie ist nämlich zu betonen, daß für die Frage, welche Personen zu einem Einspruche gemäß § 594 V.-V. berechtigt sind, einzig und allein das bernische Recht maßgebend sein kann, weil alle Vorschriften, welche den Geltstag betreffen, zwingender Natur sind und demgemäß die Berufung auf fremdes Recht in dieser Materie ausgeschlossen ist. Wollte man aber auch in casu die Heranziehung des solothurnischen Rechtes als zulässig betrachten, so müßte man dennoch bezüglich der Aktivlegitimation der Klägerschaft zu einem negativen Resultate gelangen. Der angerufene § 1357 des soloth. Gesetzb. spricht nämlich nur davon, daß dem belangten Bürgen selbst vor geleisteter Zahlung der Rückgriff auf den Schuldner offen stehe, dagegen ist dort von einem derartigen Rückgriffsrechte gegenüber dem dritten Bürgen keine Rede. Nicht einmal nach solothurnischem Rechte wären also die Kläger als Gläubiger des Mühlethaler und mithin als einspruchsberechtigt in dessen Geltstag zu betrachten. Die Klägerschaft muß daher mit ihrem Einspruchsbegehren auf Grund mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen werden, ohne daß die Frage nach der materiellen Begründetheit dieser Begehren noch weiter zu erörtern wäre.

Digitized by Google

50. Vollmacht zum Inkasso begreift die Vollmacht zur Abtretung der Forderung nicht in sich.

Wittwe Klening c. Wittwe Tschiffeli.

7. Juli 1882.

Vgl. Ztschr. XVI, S. 352—402.

Die Wittwe Tschiffeli hatte dem Rechtsagenten S. eine Anzahl unterpfändlich versicherte Werthschriften zur Aufkündung und Einkassirung übergeben.

In eine derselben, eine Pfandobligation auf einen J. Gyger, trug S. als angeblicher Bevollmächtigter der Gläubigerin eine Cession zu Gunsten des D. Klening, dessen Sachwalter er gewesen zu sein scheint, ein und suchte ihn zu der Erwerbung des Titels zu veranlassen, an Zahlungsstatt für ein Guthaben, das er ihm von seiner Verwaltung herausschuldete. Der Titel befand sich indeß bei dem bald darauf erfolgten Tode des S. in seiner Verwahrung. Mittlerweile starb auch Klening, und seine Wittwe und Erbin ließ den Schuldner Gyger für einen Zins der fraglichen Pfandobligation betreiben. Es kam zur Gantsteigerung, und nun machten sowohl Frau Klening als Frau Tschiffeli Anspruch auf den Erlös, gestützt auf die nämliche, nun im Streit liegende Forderung. Die Gantbehörde wies Erstere ab, und diese erhob hierauf Einspruch, indem sie sich als einzig berechtigte Gläubigerin betrachtete. Die einzelnen Argumente, welche dabei von Seiten der Frau Klening geltend gemacht wurden, sind aus den nachstehenden Urtheilsgründen zu entnehmen *). Manche der von Frau Tschiffeli angeführten Argumente, wie z. B., Rechtsagent S. sei fortwährend „Besitzer" des „Titels" im Namen der Eigenthümerin geblieben, waren übrigens ebenso werthlos. Die Klägerin wurde abgewiesen.

Erwägungsgründe:

Der Entscheid über die Frage, ob eine gültige Cession der Pfandobligation vom 19. Februar 1873 an die Einspruchsklägerin stattgefunden habe, hängt wesentlich davon ab, ob anzunehmen ist, durch das Mandat zum Inkasso des fraglichen Titels, welches die

*) Das Argument, es sei die Abtretung keine entgeltliche gewesen, welches in dem in der Ueberschrift citirten Urtheil i. S. Perret c. Lanzrein eine so große Rolle spielte, und wozu die faktische Grundlage auch hier vorgewaltet zu haben scheint, wurde mit Recht nicht geltend gemacht. Red.

Digitized by Google

Einspruchsbeklagte dem Rechtsagenten Sigri ertheilte, sei der Letztere auch zur Abtretung des Titels ermächtigt worden. Die Einwendung der Beklagten nämlich, daß die geschehene Cession nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen worden sei, ist unerheblich, indem die Gültigkeit und Perfektion der Cession durch diese Eintragung nicht bedingt wird, letztere vielmehr eine bloße Vorsichtsmaßregel ohne civilrechtliche Bedeutung ist (§ 5 des Gesetzes vom 3. April 1861).

Was nun die Bedeutung und die Tragweite des Inkassomandats betrifft, so versteht es sich von selbst, daß der Bevollmächtigte in dem Falle zur Cession eines Titels nicht berechtigt ist, wenn ihm solche ausdrücklich nntersagt worden ist, und es ist daher lediglich zu untersuchen, ob er in Ermanglung eines solchen ausdrücklichen Verbotes zur Abtretung einer ihm zum Inkasso übertragenen Forderung befugt sei oder nicht. Die Bestimmungen unseres Civilgesetzbuches über den Umfang einer allgemeinen Vollmacht (Satz. 786 C.) geben keinen direkten Anhaltspunkt für den Entscheid der vorliegenden Frage, indem nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, die entgeltliche Cession sei eine bloße Verwaltungsmaßregel oder eine innerhalb der ordentlichen Führung des Betreibungsgeschäftes liegende Handlung, wozu der Betreibungsbevollmächtigte auf Grund des erhaltenen Inkassomandats ermächtigt wäre. Bei diesem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes muß man die Natur der Sache und den präsumptiven Willen des Vollmachtgebers zum Ausgangspunkte der zu treffenden Entscheidung nehmen. In dieser Beziehung macht die Klägerin geltend, „Geld sei Geld", und es erscheine mithin als gleichgültig, ob eine Forderung vom Bevollmächtigten einkassirt, oder ob sie von ihm einem Dritten entgeltlich abgetreten werde. Dieser Auffassungsweise kann indeß nicht beigestimmt werden. Wenn auch im Allgemeinen der Gläubiger kein spezielles Interesse daran hat, auf welche Weise er zur Bezahlung seiner Forderung gelangt, so läßt sich doch nicht behaupten, daß es für ihn auf das Gleiche herauskomme, sei es, daß die ihm zustehende Forderung vom Bevollmächtigten einkassirt, oder daß sie einem Dritten cedirt wird. Vielmehr kann es ihm aus verschiedenen Gründen daran gelegen sein, den Forderungstitel zu behalten und es würde jedenfalls der Willkür des Mandatars ein allzugroßer Spielraum gelassen, wenn man ihn ohne ausdrückliche Zustimmung des Mandanten zur Abtretung eines ihm zum Inkasso eingehändigten Titels als berechtigt erklären wollte. Die Intention des Mandanten darf nicht in so ausdehnendem Sinne interpretirt werden. Die Behauptung, als habe die Beklagte an der Zah-

Digitized by Google

lungsfähigkeit des Schuldners Gyger gezweifelt und deßhalb selbst eine Cession des Titels — eine Versilberung desselben — gewünscht, ist Angesichts des zwischen ihr und Sigri gepflogenen Briefwechsels geradezu unrichtig, indem dort immer nur bestimmt von Einkassirung — remboursement — des Titels, bezw. der daherigen Forderung, keineswegs aber von der Abtretung oder einem gleichbedeutenden Akte desselben die Rede ist.

Eine zweite Position der Klägerin besteht in der Behauptung, die Beklagte habe durch ihre Eingabe in den Geltstag des Sigri die Cession des fraglichen Titels durch die Letztere genehmigt, indem sie nur den Betrag der einkassirten Titel — darunter auch der Pfandobligation vom 19. Februar 1873 — reklamirt habe, nicht aber den betreffenden Titel selbst. Dagegen ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß sie von der Abtretung jenes Titels Seitens des Sigri, wie aus dem obenerwähnten Briefwechsel sich ergibt, keine Kenntniß hatte, und daß daher in jener Eingabe auch keine Genehmigung der Abtretung gefunden werden kann, auch abgesehen davon, daß darin von dem Betrage der einkassirten — nicht der cedirten — Titel gesprochen wird. Auch dieser Standpunkt der Klägerin ist daher unhaltbar.

Endlich wird noch auf die Bestimmung des § 2 des Gesetzes vom 14. November 1836 über Bestimmung des Zinsfußes und Ablösung von Kapitalien verwiesen, wonach der Gläubiger gehalten sei, einem Uebernehmer, welcher ihm am Platze des eigentlichen Schuldners Bezahlung leiste, seinen Forderungstitel abzutreten. Nun fehlen aber in casu zwei Voraussetzungen der Anwendbarkeit jener Bestimmung. Zunächst muß es der Schuldner sein, welcher dem Gläubiger einen Uebernehmer stellt, während hier der Bevollmächtigte der Gläubigerin es war, welcher die Initiative ergriff und einen Abnehmer des Titels suchte (Art. 3 der Klage). Sodann hätte jedenfalls die Abtretung ohne Gewähr erfolgen müssen, während in der Cession des Sigri vom 12. Juli 1879 die Gewähr nicht ausdrücklich aufgehoben ist. Die geschehene Abtretung wäre mithin für die Beklagte selbst in dem Fall unverbindlich, wenn Sigri sich im Falle des § 2 des angeführten Gesetzes befunden hätte, weil er unter keinen Umständen von der im Gesetze vorgesehenen Aufhebung der Gewährspflicht dem Uebernehmer gegenüber hätte Umgang nehmen dürfen.

War demnach Sigri zu der Cession der Pfandobligation vom 19. Februar 1873 an den Ehemann der Klägerin nicht berechtigt, so gehört dieser Titel nach wie vor der Beklagten, und die vorliegende Einspruchsklage entbehrt der Begründung.

Digitized by Google

51. Auslegung eines Testaments. — Nasciturus pro jam nato habetur.

Dick c. Dick.

15. Juli 1882.

Wittwe Schüpbach geb. Dick errichtete am 6. Januar 1879 ein notarielles Testament, in welchem sie der eingesetzten Erbin El. Dick unter Anderm folgendes Vermächtniß auferlegte:

„Den dermalen lebenden Kindern ihrer drei Neffen Jakob, Johann und Fritz Dick, Bendicht's Söhne, von Großaffoltern, einem jeden in baar Fr. 500."

Einem dieser Neffen wurde wenige Wochen nach der Errichtung des Testamentes, am 29. Januar 1879, ein Kind geboren; am 4. Februar gl. J. starb die Testatorin.

Dem App.- und Kass.-Hofe wurde nun die Frage zur schiedsgerichtlichen Entscheidung vorgelegt, ob auch dieses Kind auf ein Legat von Fr. 500 Anspruch machen könne. — Die Streitfrage wurde bejaht.

Erwägungsgründe:

Der Entscheid hängt im vorliegenden Falle einzig von der Beantwortung der Frage ab, ob unter der von der Testatorin gewählten Bezeichnung „die dermal lebenden Kinder ihrer drei Neffen" auch der zur Zeit der Abfassung des Testaments noch ungeborne, aber bereits koncipirte A. D., J.'s Sohn, verstanden sein solle oder nicht. Nach dem Gesetz (Satz. 10 C.) unterliegt es keinem Zweifel, daß der Kläger als ein zur Zeit der Testamentserrichtung lebendes*) und mithin zum Bezuge des Legates berechtigtes Kind zu betrachten wäre, und es kann blos als zweifelhaft erscheinen, ob nicht etwa die Absicht der Testatorin dahin ging, bloß diejenigen Kinder ihrer Neffen zu bedenken, welche damals wirklich schon geboren waren. Für diese Annahme fehlt es an einem Anhaltspunkte. Wittwe Sch. wollte offenbar nur verhindern, daß auch solche Kinder ihrer Neffen auf das Legat Anspruch machen könnten, welche zur Zeit der Testamentserrichtung noch gar nicht existirten; dagegen lag für sie kein Grund vor, um den A. D. bloß deßwegen auszuschließen, weil er erst einige Tage nach der Errichtung des Testamentes geboren wurde. Daß ein derartiger

*) Das Gesetz legt dem Ungebornen Persönlichkeit bei, erklärt aber nicht als lebend, was nicht geboren ist!

Digitized by Google

Ausschluß beabsichtigt war, ist auch um so weniger anzunehmen, als die Testatorin die legatberechtigten Kinder ihrer Neffen nicht namentlich anführt, sondern bloß von den dermal lebenden Kindern derselben spricht. Für die Interpretation eines so allgemein gehaltenen Ausdrucks muß in Ermanglung eines sichern Anhaltspunktes für eine gegentheilige Auslegung das Gesetz maßgebend sein und angenommen werden, A. D. sei als ein im Zeitpunkte der Testamentserrichtung bereits lebendes Kind berechtigt, die Ausrichtung des streitigen Legates zu verlangen. Die vorwürfige Streitfrage ist daher in bejahendem Sinne zu entscheiden, jedoch mit dem Modifikation, daß der geforderte Zins nach der ausdrücklichen Bestimmung des Testamentes nur zu 4% berechnet werden darf.

52. Der von einer mit Kindern versehenen Wittwe ausgestellte Wechsel ist gültig, wenn die zu Grund liegende Verbindlichkeit rechtsbeständig ist.

Sterchi c. Geiser.

3. August 1882.

Vgl. Ztschr. XVII, 517; XVIII, 58, 61.

Erwägungsgründe:

..... Hier handelt es sich lediglich darum zu untersuchen, ob in der Ausstelluug des fraglichen Wechsels Seitens der Wittwe Geiser geb. Lemp eine wesentliche Kapitalveränderung bezw. Kapitalverminderung erblickt werden muß, wozu nach Art. 6 des Emancipationsgesetzes vom 27. Mai 1847 bei Folge der Ungültigkeit die Einwilligung der Kinder bezw. die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde erforderlich gewesen wäre.*) Dieß ist nun in casu nicht der Fall. Aus den Depositionen des Klägers als Eidesdelaten zu Art. 5 und 6 ergibt sich, daß Wittwe Geiser geb. Lemp demselben auf Grund der Verpflichtung ihres verstorbenen Ehemannes vom 24. Januar 1878 jedenfalls nicht weniger als Fr. 2000 schuldete. Durch die Ausstellung jenes Wechsels von Fr. 2000 wurde somit kein neues Schuldverhältniß für Wittwe Geiser geb. Lemp begründet, ja es kam dadurch nicht einmal eine

*) Der Wechsel war vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über persönliche Handlungsfähigkeit ausgestellt.

Digitized by Google

Novation zu Stande (vgl. z. B. Urtheil vom 5. Februar 1881 in Sachen Wüthrich ca. Böhlen*)). Unter diesen Umständen kann von einer Kapitalveränderung oder Kapitalverminderung überhaupt keine Rede sein, um so weniger also von einer wesentlichen Veränderung oder Verminderung des Kapitalvermögens der Wittwe Geiser geb. Lemp in Folge Ausstellung des Wechsels. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, daß sie zu dieser Wechselausstellung berechtigt und dem Kläger gegenüber aus ihrer Unterschrift wechselrechtlich haftbar war. Ihre Erbschaft muß daher die Verpflichtung zur Honorirung des Wechsels vom 22. Januar 1880 anerkennen und das Rechtsbegehren des Wechselklägers erscheint demnach als begründet.

53. Geltstagsverfahren. — Einzelne Pfandgläubiger sind auch nach durchgeführtem Geltstag zur Geltendmachung ihres Pfandrechts gegen Dritte nicht legitimirt.

Burgergemeinde Rütti c. Aeberhard.

10. August 1882.

Im Jahr 1879 fiel Chr. Vögeli, Pächter des Berghofes der Burgergemeinde Rütti in Geltstag. Die Verpächterin hatte mittelst Ausführung eines Bestandverbots unter Anderm zwei Rinder gepfändet, welche sich auf dem Pachtgut befanden. Als dieselben von der Geltstagsbehörde versteigert werden sollten, machten die Söhne des Vögeli Eigenthumsansprüche auf dieselben geltend, die am 7. Februar 1880 obergerichtlich abgewiesen wurden. Mittlerweile war die Liquidation und Vertheilung des übrigen Massavermögens durchgeführt und die Burgergemeinde Rütti nominell für ihre ganze Forderung angewiesen worden; sie hatte jedoch ihre Anweisung zum Theil ausgeschlagen. In Betreff der fraglichen Rinder hatte der Massaverwalter verfügt: „wenn sich dann später ein realisirbares Guthaben ergeben sollte, so sei solches dem oder den zunächst berechtigten Gläubigern, d. h. nach der gesetzlichen Rangordnung, zuzuweisen." Mittlerweile waren die Thiere zu einem Dritten, Namens Aeberhard, in Urtenen, verbracht worden, gegen welchen nur die Burgergemeinde Rütti mit einer Klage auf Anerkennung des Pfandrechts und Zulassung der Vergantung oder

*) Ztschr. XVII, S. 485.

Digitized by Google

Herausgabe an die Massaverwaltung auftrat. Der Beklagte bestritt zunächst die Identität der Rinder; sodann behauptete er das Erlöschen des Pfandrechts; übrigens, brachte er im Weitern an, die Klägerin sei voll befriedigt; nur die Masse, als gerichtlich anerkannte Eigenthümerin der Sachen, sei zu deren Inanspruchnahme legitimirt. Letzterer Gesichtspunkt entschied in oberer Instanz zu Gunsten des Beklagten.

Erwägungsgründe:

In erster Linie ist der vom Beklagten gegen die Aktivlegitimation der Klägerin zum vorliegenden Anspruche erhobene Einwand zu prüfen, weil für den Fall, daß diese Einwendung als begründet erscheint, die Klage ohne Weiteres abgewiesen werden muß und eine weitere Erörterung in Sachen überflüssig wird. Nun handelt es sich in casu unstreitig um einen der Geltstagsmasse des Christian Vögeli zustehenden Anspruch, betreffend die admassam-Ziehung der fraglichen, vom Geltstager Vögeli der Masse entfremdeten und dem Beklagten übergebenen zwei Rinder. In Gemäßheit der §§ 565 ff. B.-B. war daher einzig der Massaverwalter Namens der Geltstagsmasse Vögeli zur Anhebung des Rechsstreites gegen den Beklagten auf Herausgabe der Rinder legitimirt, nicht aber einzelne Geltstagsgläubiger. Freilich stellt die Klägerin die Behauptung auf, es habe ihr die Masse die gerichtliche Geltendmachung jenes Anspruches überlassen, und will in dieser Weise ihre Legitimation zur Sache herstellen. Prozedürlich steht indeß nur soviel fest, daß der Masseverwalter beschlossen hat, die Liquidation vorläufig zu Ende zu führen, ohne auf die streitigen Rinder Rücksicht zu nehmen. Dagegen fehlt der Nachweis, daß die Masse ausdrücklich zu Gunsten der heutigen Klägerin auf ihren Anspruch gegenüber dem Beklagten verzichtet hätte, und ein solcher Verzicht darf selbstverständlich auch nicht präsumirt werden. Daraus ergibt sich, daß der Burgergemeinde Rütti die Legitimation abgeht, den Beklagten gestützt auf ihr Pfandrecht auf Herausgabe der Rinder zu belangen, weil die Masse ihren Anspruch — Vindikation der fraglichen Rinder — nicht definitiv aufgegeben, bezw. nicht der Klägerin überlassen hatte. Die Letztere ist daher mit ihrer Klage auf Grund der mangelnden Aktivlegitimation abzuweisen, wodurch die Widerklage des Beklagten, weil bloß eventuell angebracht, gegenstandslos wird.

Digitized by Google

54. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Einspruchsfrist des § 594 B.-B. — Peremptorische Einrede wegen unterlassener Vorladung eines angeblich „Betheiligten". — Fahrlässigkeit des Anwalts kann auch in rechtsirrthümlicher Auffassung beruhen.

Neuburger u. Komp. c. Weil.

11. Aug. 1882.

Vgl. Ztschr. VII, 86; IX, 118, 258 ff.; X, 259, 262; XII, 310 ff.; XIII, 88.

Im Geltstage des Chr. Riesen in Bern waren eine Anzahl auswärtiger Gläubiger, welche die Besorgung ihrer Interessen zwei hiesigen patentirten Bevollmächtigten übertragen hatten, dem H. Weil nachgehend angewiesen. Die Bevollmächtigten reichten infolge irrthümlicher Fristberechnung den Einspruch gegen den Klassifikationsentwurf resp. gegen die Anweisung des Weil um einen Tag zu spät ein. Nach Entdeckung des Versehens wurde ein Restitutionsbegehren ans Recht gestellt und als Restitutionsgrund die Fahrlässigkeit der Bevollmächtigten geltend gemacht, welche bereit seien, diesen Umstand nach § 99 P. eidlich zu bekräftigen. Impetrat brachte hiegegen an:

1. sei ein Gläubiger, Zaugg, den Impetranten vorgehend, aber nach dem Impetraten angewiesen und habe im Einspruchswege auf das dem Letztern zugewiesene Vermögen Anspruch gemacht. Da nun die Impetranten auf dieses Vermögen ebenfalls Ansprüche erhoben, so hätte Zaugg als Betheiligter zur Verhandlung vorgeladen werden müssen. Auf die Unterlassung dies zu thun, wurde eine peremptorische Einrede begründet;
2. sei die Säumniß nicht einer Fahrlässigkeit der Bevollmächtigten zuzuschreiben, denn theils habe ein Vollmachtsverhältniß gar nicht bestanden, — einer der Gläubiger (Schwab) habe seine Eingabe selbst unterzeichnet — theils beruhe die verspätete Einreichung des Einspruchs auf Rechtsirrthum.

Die Streitsache wurde mit Uebergehung der 1. Instanz vor den Appellations- und Kassationshof gebracht, welcher die peremptorische Einrede abwies und die Restitution zusprach.

Digitized by Google

Erwägungsgründe:

Die Impetranten verlangen die Restitution gegen ihre Säumniß, im Geltstage des Chr. Riesen rechtzeitig Einspruch zu erheben und zwar gestützt auf § 96 Ziff. 3 P., indem sie geltend machen, diese Säumniß habe ihren Grund in der Fahrlässigkeit ihrer Bevollmächtigten .... Dem gegenüber erhebt der Impetrat zunächst eine peremptorische Einrede, welche er unter Hinweis darauf zu begründen sucht, daß einer der betheiligten Geltstagsgläubiger zur Beurtheilung des Wiedereinsetzungsbegehrens nicht vorgeladen worden sei. Eine derartige Unterlassung könnte nun aber auf keinen Fall einen Uneinläßlichkeitsschluß begründen, sondern dieser Einwand muß einläßlich geprüft werden, auch abgesehen davon, daß nach konstanter Praxis im summarischen Verfahren die peremptorischen Einreden jeweilen nur in Verbindung mit der Hauptsache erörtert werden.

In einläßlicher Beziehung ist zu untersuchen, ob Gottfried Zaugg in casu wirklich als betheiligter Geltstagsgläubiger im Sinne der §§ 541 und 594 B.-B. zu betrachten sei. Dies ist nun nicht der Fall, denn die Anweisung des Zaugg wird Seitens der Impetranten in keiner Weise angegriffen, und der Umstand, daß Zaugg gegen die Anweisung des Impetraten Weil ebenfalls Einspruch erhoben hat, erscheint in dieser Beziehung als völlig unerheblich, da nach den angerufenen Bestimmungen des Vollziehungsverfahrens in dem Falle, wo vorgehende Anweisung verlangt wird, nur derjenige Gläubiger als betheiligt im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, dessen Anweisung bestritten werden soll. Eine Vorladung des Geltstagsgläubigers Zaugg war mithin im vorliegenden Falle keineswegs erforderlich. Im weitern wird Seitens der Impetraten bestritten, daß Fürsprecher Hofer von Adolf Schwab in Baden, einem der Impetranten, mit der Wahrung seiner Interessen im Geltstage des Riesen überhaupt, sowie namentlich, daß er vor dem 25. Januar 1882 mit der Erhebung eines Einspruches gegen die Anweisung des Weil beauftragt worden. Aus der zwischen Schwab und dem Fürsprecher Hofer in den Monaten September und November gepflogenen Korrespondenz, aus einem bezüglichen Passus in der Zuschrift von Neuburger und Cie. an Rechtsagent Surber d. d. 31. Dezbr. 1881, und aus dem Wortlaut der Vollmacht vom 8. Februar 1882 ergibt sich indessen die Richtigkeit des Art. 2 in genügender Weise, so daß auch dieser Einwand des Impetraten dahin fällt. Endlich macht der Letztere noch geltend, die Unterlassung, den Einspruch rechtzeitig zu erheben, habe ihren Grund nicht in der

Digitized by Google

Fahrlässigkeit der beiden Bevollmächtigten, sondern in einer rechtsirrthümlichen Berechnung der Einspruchsfrist. Angesichts des § 99 Al. 1 P. kann aber der Impetrat mit dieser Einwendung gar nicht gehört werden, denn nach den dort enthaltenen Bestimmungen genügt die Erklärung des Bevollmächtigten, daß die Säumniß in seiner Fahrlässigkeit ihren Grund habe, zur Begründung des Wiedereinsetzungsbegehrens und es hat der Bevollmächtigte darüber der Gegenpartei keine Rechenschaft zu geben, worin seine Fahrlässigkeit besteht. Die daherige Erklärung des Bevollmächtigten macht also unbedingt Regel und es ist mithin dagegen kein Gegenbeweis zulässig. Die Ausführungen in Art. 5 und die Gegenausführungen in Art. 11 sind demgemäß völlig unerheblich, indem es einzig und allein darauf ankommt, daß der säumige Bevollmächtigte sich zu der eidlichen Versicherung bereit erklärt, es habe die Säumniß ihren Grund in seiner Fahrlässigkeit. Den Impetranten ist daher ihr Restitutionsbegehren zuzusprechen. Die Kosten der Wiedereinsetzung bis und mit dem 1. Termine fallen nach § 100 Al. 2 P. den säumigen Bevollmächtigten auf, während die weitern Kosten vom Impetraten Weil zu bezahlen sind.

55. Haftpflicht des Staates für Nachlässigkeit seiner Beamten. — Verjährungsgrundsätze des Verantwortlichkeitsgesetzes. — Zur Handlungsfähigkeit der Ehefrau eines Geltstagers.

Rösti c. Staat Bern.

12. Aug. 1882.

Vgl. Ztschr. XVII, 301; XV, 322.

Unter dem 14. Sept. 1875 wurde der Amtsgerichtsschreiber Brunner in Frutigen auf Beschwerde der Frau S. Buchhofer geb. Rösti vom Appellations- und Kassationshof nebst dem Massaverwalter Urwyler verantwortlich erklärt für allen erweislichen Schaden, welchen die Genannten durch ihre nachlässige und gesetzwidrige Geschäftsführung in dem Geltstagsverfahren gegen den Ehemann der Beschwerdeführerin dieser letzteren zugefügt hatten. Infolge Klage der Frau Buchhofer wurde dann die Schadenssumme gegen Brunner durch Erkenntniß vom 8. August 1879 obergerichtlich festgesetzt auf Fr. 1000, wozu noch die Prozeßkosten im Betrage von Fr. 833. 25 kamen. Diese Forderung trat Frau Buchhofer ihrem Vater G. Rösti ab, auf Rechnung von Forde-

Digitized by Google

rungen desselben. Der Cessionar konnte in dem hierauf erfolgten Geltstage Brunner's nicht zur Zahlung gelangen und griff nun den Staat Bern auf Grund des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Beamten und des § 17 der Staatsverfassung an, nachdem er demselben die bezügliche Kollokation angeboten. Der Beklagte wurde verurtheilt, gestützt auf nachstehende

Erwägungsgründe:

Der beklagte Staat Bern erhebt gegenüber dem klägerischen Anspruche zunächst eine peremptorische Einrede. Dieselbe stützt sich auf die in § 54 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 19. Mai 1851 enthaltene Bestimmung, daß der Staat gegenüber dritten Personen für fehlbare Behörden oder Beamte nur so lange hafte, als er selbst auf diese zurückgreifen könne. Nun verjähre der Civilanspruch des Staates auf Schadenersatz gegen Behörden, Beamte oder Angestellte gemäß Al. 1 litt. b des gedachten § 54 innert 6 Monaten vom Tage der Anerkennung der Verletzung der Amtspflichten und der Erklärung der Verantwortlichkeit für die Civilfolgen. In casu sei als Datum, von welchem diese sechsmonatliche Verjährungsfrist zu laufen beginne, der 15. September 1875 zu betrachten, an welchem Tage der hierseitige Gerichtshof den Gerichtsschreiber Brunner und den Massaverwalter Urwyler für allen aus ihrer Nachlässigkeit erwachsenen erweislichen Schaden verantwortlich erklärt habe. Mithin sei der vom Kläger gegen den Staat geltend gemachte Anspruch ersessen, weil der letztere nicht innerhalb sechs Monaten, vom 14. September 1875 an gerechnet, rechtlich belangt worden sei. Diese Argumentation kann aus folgenden Gründen nicht als stichhaltig betrachtet werden. In erster Linie würde es sich im vorliegenden Falle, auch wenn angenommnn werden sollte, der Staat sei nicht rechtzeitig in's Recht gefaßt worden, nicht um die Ersitzung des Anspruches im Sinne des § 146 Ziff. 1 P., sondern um die Verwirkung desselben handeln, und es wäre daher die Frage, ob der Staat angesichts der Bestimmungen des § 54 des Verantwortlichkeitsgesetzes noch jetzt dem Kläger haftbar sei, in einläßlicher Weise zu erörtern. Sodann hat die Vorschrift, daß der Staat Dritten gegenüber nur so lange haften soll, als er selbst den Rückgriff auf die Fehlbaren nehmen kann, sowie die damit in Zusammenhang stehenden Bestimmungen über die Verjährung der Ansprüche des Staates gegen Behörden und Beamte, offenbar nur den Fall im Auge, wo der Staat direkt gegen eine Behörde oder einen Beamten klagend auftritt oder direkt von dem Verletzten auf Schadenersatz belangt wird. Wenn es sich also um

Digitized by Google

einen bloßen Rückgriff des Staates auf den Fehlbaren oder des Beschädigten auf den Staat handelt, greifen die gewöhnlichen Bestimmungen über die Anspruchsverjährung Platz und eine Berufung auf § 54 des mehrerwähnten Gesetzes ist nicht zulässig. Aber selbst abgesehen von den bisherigen Erörterungen hätte jedenfalls im vorliegenden Falle die sechsmonatliche Frist erst von dem Tage an zu laufen beginnen können, wo Frau Buchhofer geb. Rösti — die Rechtsvorfahrerin des heutigen Klägers — Kenntniß erhielt, daß ein Schaden eintreten und worin derselbe bestehen werde, d. h. vom 19. Februar 1878 an, wo sie die endgültige Collokation für ihre Weibergutsansprache erhielt. Erst da war es ihr möglich, ihre Rechte gegenüber dem Staate zu wahren, was denn auch durch Streitverkündung vom 31. Mai und 4. Juni 1878, also jedenfalls rechtzeitig, geschah. — Ein fernerer Einwand des Beklagten bezieht sich darauf, daß der Zinsverlust, welchen Frau Buchhofer geb. Rösti infolge der Amtspflichtverletzung des gewesenen Gerichtsschreibers Brunner erlitten habe, nicht als positiver Schaden zu betrachten sei, sondern als entgangener Gewinn. Für Letztern werde nun aber bloß im Falle von Gefährde gehaftet (Satz. 964 C.), welche in casu nicht vorliege, und es sei mithin unzulässig, vom Staate die Vergütung der entgangenen Zinse zu fordern. Dieser Einwand läßt sich ohne weiteres erledigen durch den Hinweis auf den Inhalt des Urtheils vom 8. August 1879. Dort wird nämlich ausdrücklich erklärt, daß der Schaden, welchen Brunner der Frau Buchhofer zu ersetzen habe, in dem Zinsverluste bestehe, welchen sie in Folge der Säumniß des Brunner, sowie des Massaverwalters Urwyler erlitten. Ebenso verhält es sich mit dem Einwand, jener Schaden sei nicht allein durch die Nachlässigkeit des Brunner, sondern auch durch diejenige des Urwyler herbeigeführt worden, indem durch das erwähnte Urtheil Brunner haftbar erklärt wurde für den Schaden, welchen er der damaligen Klägerin gemeinschaftlich mit Urwyler zugefügt habe.

Diese beiden Einwendungen können daher heute nicht mehr gehört werden. Endlich bestreitet der Staat Bern noch die Aktivlegitimation des Klägers und zwar unter Berufung darauf, daß in der Abtretung vom 5. Oktober 1879 eine wesentliche Kapitalveränderung liege, wozu Frau Buchhofer als Ehefrau eines Geltstagers gemäß Art. 8 des Gesetzes vom 27. Mai 1847 und dem Dekret vom 4. April 1857 die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde von Thun Namens ihrer minderjährigen Kinder hätte einholen sollen. Da dieß nicht geschehen, sei jene Abtretung null und nichtig. Nun ist allerdings richtig, daß in dieser Beziehung

Digitized by Google

das bernische Recht maßgebend sein muß, ungeachtet Frau Buchhofer im Kanton Waadt domizilirt ist, weil die Frage nach der persönlichen Handlungsfähigkeit derselben in Betracht kommt (Satz. 4 C.). Nichts desto weniger ist auch dieser Einwand unbegründet; die fragliche Abtretung involvirt nämlich gar keine wesentliche Kapitalveränderung, weil dieselbe nicht ohne Gegenwerth erfolgt ist, sondern auf Rechnung von Gegenforderungen des heutigen Klägers für gehabte Auslagen und gemachte Baarvorschüsse. Ueberdies handelte es sich keineswegs um die Abtretung einer Kapitalforderung, indem die Entschädigung, zu welcher Brunner der Frau Buchhofer gegenüber gerichtlich verurtheilt worden war, und welche in Verbindung mit den Kosten den Gegenstand der Abtretung bildete, in einer Vergütung für erlittenen Zinsverlust bestand. Schon aus diesem Grunde könnte daher in der erwähnten Abtretung keine Kapitalveränderung und noch weniger eine wesentliche Kapitalveränderung gefunden werden. Sind mithin die verschiedenen Einreden des Beklagten gegen vorliegende Klage unbegründet, so muß dem Kläger sein Klagsbegehren zugesprochen werden.

56. Unsittliche Bedingung in einer letzten Willensverordnung macht die ganze Verfügung hinfällig.

Gemeinde Schangnau u. Mith. (Bekl.) c. Spring (Kl.).

18. Aug. 1882.

Joh. Hirschi, von Schangnau, errichtete am 5. Oktober 1869 eine letzte Willensverordnung, in welcher er den Alfred Jost zum Haupterben einsetzte und ihm folgende Vermächtnisse auferlegte: zu Gunsten der Einwohnergemeinde Fahrni Fr. 5000, der Einwohnergemeinde Schangnau Fr. 5000, der Barbara Jost Fr. 5000 u. s. w. Ferner wurde wörtlich Folgendes verfügt: „Der Erbe sowie die Legatnehmer, jeder nach Verhältniß der ihm zugedachten Summe, haben auf den Wunsch der Frau Elisabeth Spring geb. Hirschi, Johann's Ehefrau in Steffisburg, derselben jährlich eine Summe von Fr. 1500 auszurichten. Diese Summe ist jedoch nur dann auszurichten, wenn und solange die Frau Spring getrennt von ihrem Manne und in eigener Haushaltung lebt, und zwar muß sie in einer andern Gemeinde als derjenigen ihres Ehemannes Wohnung (sic) eine solche beziehen, bevor sie zum Bezug dieses Schleißes berechtigt ist." Der Testator starb im Jahr 1880.

Digitized by Google

Der Ehemann der letztbedachten Elisabeth Spring erhob nun gegen den Haupterben und die obgenannten Legatare eine Klage auf „gerichtliche Absetzung", d. h. Anullirung, der dem Rentenvermächtniß zu Gunsten seiner Frau beigefügten Bedingung. Ueber die Begründung dieser Klage entnehmen wir dem Thatbestande Folgendes: „Seit dem Jahre 1854 lebe seine auf den Genuß des fragl. Schleißes berechtigte Ehefrau in einer glücklichen Ehe mit ihm; sie hätten mit einander 9 Kinder erzeugt, von denen noch 2 am Leben seien. Scheidungsgründe seien niemals vorhanden gewesen; die angefochtene Bedingung schließe gegenüber der Frau Spring die Zumuthung in sich, auf das Recht zu verzichten, frei ihren Aufenthalt zu wählen, die Rechte einer Gattin aufzugeben und die Pflichten einer solchen hintanzusetzen, ja sie enthalte eine Verführung zu verbotener, eigenmächtiger Trennung der Ehe; sie verstoße gegen das Rechts- und Sittengesetz. Der Absicht des Testators, seiner Schwester den Schleiß zuzuwenden, stehe gesetzlich nichts entgegen; die daran geknüpfte Bedingung hingegen sei ungültig. Zudem hätten die Beklagten an deren Erfüllung keinerlei erlaubtes Interesse." – Die Beklagten schlossen zunächst auf Abweisung der Klage, dann aber eventuell, für den Fall des Zuspruchs derselben, auf Ungültigerklärung der ganzen, zu Gunsten der Frau Spring lautenden Disposition des fragl. Testaments. Das Amtsgericht Thun sprach die Vorklage zu und wies die Widerklage ab. Die Beklagten ergriffen die Appellation. In oberer Instanz wurde die Vorklage abgewiesen.

Erwägungsgründe:

Es frägt sich in erster Linie, ob das Legat zu Gunsten der Frau Spring geb. Hirschi wirklich an die Erfüllung einer unzulässigen Bedingung von ihrer Seite geknüpft sei oder nicht, und sodann eventuell, welche Folgen die Hinzufügung einer solchen Bedingung nach sich ziehe. Die Beantwortung der ersten Frage kann nicht zweifelhaft sein. Da nämlich die Eheleute Spring zusammen und in glücklicher Verbindung leben, so liegt in der Bestimmung, daß Frau Spring das Legat nur dann zu beziehen berechtigt sein solle, wenn und so lange sie von ihrem Ehemanne getrennt lebe, eine Verleitung der Frau Spring zur böslichen Verlassung ihres Ehemannes, bezw. zur Herbeiführung eines Scheidungsgrundes (Satz. 84 C., Art. 46 litt. a des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874). Es wird mit andern Worten auf ein unsittliches Verhalten der Frau Spring eine Belohnung gesetzt, die Erwerbung des Legates von einer pflichtwidrigen Handlungsweise derselben abhängig gemacht. Darin

Digitized by Google

besteht nun gerade nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen das Wesen der unzulässigen, bezw. unmöglichen Bedingung.

Was den zweiten Punkt betrifft, so ist man darüber einig, daß Verträge durch Hinzufügung einer unmöglichen oder unzulässigen Bedingung ungültig werden, und es bleibt nur zu untersuchen ob diese Rechtsnorm auch bei letztwilligen Verfügungen Anwendung finden muß, oder ob sich eine verschiedene Behandlung der beiden Arten von Rechtsgeschäften nach dieser Richtung hin rechtfertigt. Das bernische Recht behandelt die Lehre von den Bedingungen nur in sehr unvollständiger Weise, so daß der Richter hier genöthigt ist, nach § 296 P. auf die allgemeinen Grundsätze der Gesetzgebung und des Rechts zurückzugehen. Der Kläger beruft nun darauf, daß nach römischem Rechte die Hinzufügung einer unmöglichen oder unzulässigen Bedingung bei letztwilligen Verfügungen keineswegs deren Ungültigkeit zur Folge habe, sondern einfach als nicht geschrieben gelte und gestrichen werde, und behauptet, daß diese römisch-rechtliche Bestimmung in der Natur Sache begründet sei, weil bei letztwilligen Verfügungen die Absicht der Zuwendung eines Vermögensvortheiles dominire, und es auch nicht billig wäre, den unschuldigen Bedachten für den Fehler des Testators zu bestrafen. Dem gegenüber ist aber zu erwidern, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowohl bei letztwilligen Verfügungen als bei Verträgen der freie, durch den Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäftes sich manifestirende Wille zur Begründung eines Rechtsverhältnisses es ist, welcher für die Würdigung der Bedeutung und Tragweite des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes als maßgebend betrachtet werden muß. Nun beruht die Rechtsnorm, daß Verträge durch die Hinzufügung unmöglicher oder unzulässiger Bedingungen ungültig werden, auf der Auffassung, daß der Wille der Kontrahenten als einheitlich zu betrachten ist in der Weise, daß nicht zwischen der gemachten Zusage oder Zuwendung und der gewollten Bedingung unterschieden werden kann, und daß mithin mit dem Dahinfallen der unmöglichen oder unerlaubten Bedingung der ganze Vertrag dahinfallen muß. Die gleiche Bewandtniß hat es aber auch mit letztwilligen Verfügungen. Auch hier bildet der Wille des Testators eine Einheit und die Argumentation wonach die gewollte unmögliche oder unzulässige Bedingung gestrichen und die Zuwendung als eine unbedingte behandelt werden sollte, widerspricht daher der juristischen Natur der bedingten Rechtsgeschäfte und damit auch den allgemeinen Grundsätzen des Rechts. Die angerufene Vorschrift des römischen Rechts, welche erst nach langem Streite zwischen den Schulen der Sabinianer und Proculejaner durch Justinian zu Gunsten der Erstern

Digitized by Google

entschieden wurde, erscheint denn auch, wie sich aus der Geschichte der Entwicklung dieses Rechtes ergibt, lediglich als Ausnahmsbestimmung mit dem Zwecke, möglichst zu verhindern, daß Jemand intestatos sterbe, was in Rom als schimpflich galt. Diese Bestimmung beruht somit nicht auf einem Rechtsprinzip, sondern auf bloßen Utilitätsrücksichten und steht im Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen des Rechts. Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, daß das vorliegende Klagsbegehren unbegründet ist, indem eine Streichung der angefochtenen Stelle nicht zulässig ist, sondern die ganze Verfügung zu Gunsten der Frau Spring geb. Hirschi dahin fallen muß.

57. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ausbleiben bei einer Gläubigerversammlung findet nicht statt.

Moser c. Masse Bichsel.

18. Aug. 1882.

Vgl. Ztschr. XVII, 43. Anders: Ztschr. XIV, 411.

Motive:

„.... § 96 P. bezieht sich nur auf die Versäumung civilprozessualischer Fristen, bezw. das Ausbleiben bei einem Termine im Laufe eines Civilprozesses. Außerhalb des Rahmens eines Prozesses kann dagegen die Restitution nur in einzelnen, vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen (vgl. § 449 Ziff. 1, §§ 501 und 526, §§ 570 und 578 B.-B.) verlangt werden, weil es sich in dergleichen Fällen um Fristen und Termine handelt, an deren Versäumung sich materiellrechtliche Folgen knüpfen. Da gegen das Ausbleiben bei einer Gläubigerversammlung das Gesetz eine spezielle Restitution nicht kennt, so ist mithin der Impetrant abzuweisen ....“

58. Objektive Klagenkumulation nur zulässig bei materieller Konnexität der verschiedenen Ansprüche.

Rüfenacht c. Kloßner.

25. Aug. 1882.

Rüfenacht in Bern hatte eine bestrittene Forderung aus Bürgschaft gegen Kloßner in Reichenbach, Amtsbez. Frutigen, im Betrag

Digitized by Google

von Fr. 220. 35. In der ausgesprochenen Absicht, den Streit nicht der endlichen Jurisdiktion des Amtsgerichts unterwerfen zu müssen, erwarb er nun von Gebr. v. Moos und Comp. eine gleichartige Forderung von Fr. 179. 30 gegen Kloßner und leitete für die zusammengerechneten Beträge eine Klage im ordentlichen Verfahren ein. Der Beklagte trug im Wege eines Zwischengesuches auf Trennung der Ansprüche, im Sinne des § 135 P., und „demnach auch" auf „Befreiung von der eingeleiteten Instanz" an. Diesen Begehren wurde erst- und oberinstanzlich entsprochen. Die oberinstanzlichen

Erwägungsgründe

lauten:

Die Kumulation mehrerer Ansprüche gegen denselben Beklagten in einer Klage setzt der Natur der Sache nach und gemäß §§ 16, 24, 128 und 135 P. die materielle Konnexität der verschiedenen geltend gemachten Ansprüche voraus, und diese letztere wird wiederum bedingt durch die Identität der mehreren Ansprüchen zu Grund liegenden faktischen Verhältnisse. Eine solche Identität fehlt nun aber im vorliegenden Falle . . .

Bemerkung. Der hier aufgestellte Rechtssatz scheint uns erheblichen Bedenken zu unterliegen. Die für denselben angeführten Bestimmungen unserer Prozeßordnung begründen denselben jedenfalls nicht. § 16 schreibt für materiell konnexe Streitsachen den Gerichtsstand der Konnexität vor, ohne die Wahl eines und desselben Gerichtsstandes für nicht zusammenhängende Streitsachen auszuschließen; § 24 handelt von der Streitgenossenschaft, nicht aber von der Klagenkumulation; § 135 gestattet ausdrücklich die Geltendmachung mehrerer Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten in einer und der nämlichen Klage, wenn nur der nämliche Richter für jeden dieser Ansprüche zuständig ist. Dabei wird dem Richter aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Trennnungsbefugniß eingeräumt. Wenn endlich § 128 die Zusammenrechnung der Streitwerthe behufs Bestimmung der Kompetenz und des Verfahrens nur bei zusammenhängenden, d. h. materiell konnexen Streitsachen gestattet, so mußte diese Bestimmung allerdings im vorliegenden Fall zu der Entscheidung führen, welche wirklich getroffen wurde; allein das Motiv

Digitized by Google

mußte anders gefaßt werden. Die nicht materiell konnexen Ansprüche können nicht zusammengerechnet, wohl aber können sie gleichzeitig, im nämlichen Verfahren, zur Verhandlung und Beurtheilung gebracht werden, was im Interesse der Zeit- und Kostenersparniß ja immerhin wünschbar ist. Die Hauptbestimmung, § 135, ist sozusagen wörtlich den ältern Lehrbüchern des gemeinen deutschen Prozeßrechts entnommen; so sagt z. B. Linde: „Die Klagenhäufung kann zwar gerade in einer materiellen Konnexität ihren Grund haben, setzt aber nach gemeinem Rechte eine solche nicht voraus, wohl aber, daß der Richter in Ansehung aller Klagen zuständig, auch für diese selbst dieselbe Prozeßart zulässig ist, und keine Verwirrung des Prozesses dadurch entsteht." Ebenso Glück, Pandektenkommentar, Th. IV, S. 18: „Wenn Klagen kumulative konkurriren, so können solche in einem Libell dergestalt mit einander verbunden werden, daß sie nicht nur zu gleicher Zeit untersucht, sondern auch durch das nämliche Urtheil entschieden werden müssen." Kumulative Konkurrenz ist aber nach demselben Schriftsteller stets vorhanden, „wenn mehrere auf verschiedene Gegenstände gerichtete Klagen, aus verschiedenen erlaubten Geschäften entspringen; z. B. wenn der nämliche Beklagte dem nämlichen Kläger ein Darlehen, ein Kaufgeld und einen Pachtzins schuldig ist, so entstehen diese Forderungen aus ganz verschiedenen Geschäften." Ganz ebenso: Rheinwald, zu § 135 und § 16 a. E. — Beiläufig bemerkt schreibt § 5 der deutschen C.-P.-O. allgemein vor: „Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet." Nach diesem Gesetz wäre die Unterwerfung unter das Amtsgericht F. dem Kläger erspart geblieben. Red.

---

59. Besitzklagen gegen eine Gantstagsmasse sind unzulässig.

Wälti c. Schwab.

26. Aug. 1882.

In dem Gantstage der Wittwe Schwab in Siselen wurde ein Grundstück zur Masse gezogen, welches sie von ihrem Ehemann

Digitized by Google

ererbt hatte. Am Tag, wo dasselbe versteigert werden sollte (4. Okt. 1880), wurde dem Massaverwalter eine von dem Rechtsagenten W. im Namen des Bend. Schwab, Niggeler's in Siselen, abgefaßte Vorladung zugestellt, in welcher auf Grund eines vor circa einem Jahre getroffenen, aber noch nicht gefertigten Kaufvertrags ein Vindikationsbegehren hinsichtlich des Grundstücks angekündigt war. — Was hierauf in Sachen verhandelt oder nicht verhandelt wurde, bis endlich am 9. Juli 1881 (!) die Vindikationsklage in reformirter Gestalt vor dem Richteramt E. zur Verhandlung gelangte, ist nicht zu entdecken. Mittlerweile war aber der fragl. Kaufvertrag zur Fertigung gebracht worden. Die reformirte Klage enthielt 5 Begehren, nämlich: 1. Anerkennung des Eigenthums des Klägers; 2. Beseitigung der Admassamziehung; 3. eventuell: Anerkennung des Klägers als rechtmäßigen Besitzers; 4. eventuell: Anerkennung seines Rechts zum Besitze; 5. eventuell: Anerkennung seines bessern Rechts zum Besitze. Die beklagte Massaverwaltung erhob eine peremptorische Einrede, weil die ursprüngliche Vindikationsladung nicht von einer gesetzlich dazu berechtigten Person abgefaßt gewesen, übrigens die neue Klage andere Begehren enthalte als die reformirte. Gegen die Behauptung des Klägers, daß die Liegenschaft zur Zeit der Geltstagserkennung der Wittwe Schwab selbst noch nicht zugefertigt gewesen, sondern laut Grundbuch noch der Burgergemeinde Siselen zugestanden habe, welche sie angeblich dem Ehemann der Geltstagerin verkauft, wurde geltend gemacht, dieß sei unerheblich, da die Burgergemeinde S. auf das Grundstück keinen Anspruch mache und auf ihre allfälligen Rechte durch Unterlassung der Vindikation verzichtet habe. Der erstinstanzliche Richter wies die peremptorische Einrede ab und sprach dem Kläger sein, auf Anerkennung des bessern Rechts zum Besitze gerichtetes, eventuelles 5tes Rechtsbegehren zu, ohne die übrigen zu beurtheilen. Die Beklagte appellirte, und der Appellations- und Kassationshof reformirte das Urtheil im Sinn nachstehender

Erwägungsgründe:

Die Beklagte vertheidigt sich gegenüber der gegnerischen Vindikationsklage sowohl in uneinläßlicher als in einläßlicher Weise.

In erstlerer Beziehung wird geltend gemacht, die Klage sei ersessen, weil vor dem 4. Oktober 1880, als dem Tage, wo die Steigerung über das streitige Grundstück stattfinden sollte, der Vindikationsprozeß nicht in gehöriger Weise angehoben worden sei. Nun könnte es sich aber im vorliegenden Falle nur um eine Verwirkung des Anspruches in Folge nicht rechtzeitiger An-

Digitized by Google

bringung der Vindikationsladung vor Abhaltung der Steigerung, nicht um eine Ersitzung derselben im Sinne des § 146, Ziff. 1 P. handeln, und es ist daher die peremptorische Einrede der Beklagten in Verbindung mit der Hauptsache zu beurtheilen, weil die Frage der Verwirkung in einläßlicher Weise erörtert werden muß. -- In dieser Beziehung ist allerdings richtig, daß Rechtsagent Witz nach § 45 des Emolumententarifes vom 12. April 1850 zur Erhebung der Vindikation nicht berechtigt war, und daß somit dem Akte vom 29. Sept. und 4. Okt. 1880 keine rechtliche Bedeutung zukomme; dessen ungeachtet ist eine Verwirkung des Anspruches nicht eingetreten, indem es nur darauf ankommt, daß die Vindikation vor der faktischen Abhaltung der Steigerung angehoben wird und in casu die Steigerung bis zur Beendigung des Vindikationsstreites eingestellt worden ist (§§ 500, 570 B.-B., vgl. auch Urtheil vom 20. Juli 1881 in Sachen Bendicht Nobs ca. Geltstagsmasse Aeschlimann). Auch der Einwand, daß im reformirten Prozesse keine neuen Rechtsbegehren formulirt werden dürfen, ist unstichhaltig, da durch die Reform das ganze bisherige Verfahren vernichtet und ein anderes an dessen Stelle gesetzt wird, in welchem auch eine anderweitige Formulirung der Schlüsse zulässig sein muß.

In der Sache selbst ist zunächst über die vier ersten Klagsbegehren des Vindikanten aus formellen Gründen heute nicht mehr zu urtheilen, indem der erstinstanzliche Richter darüber keinen Entscheid gefällt und es dabei zu verbleiben hat. Was das fünfte, eventuell gestellte Klagsbegehren betrifft, so entsteht die Frage, ob einer Geltstagsmasse gegenüber possessorische Rechtsmittel überhaupt zulässig seien oder nicht. Diese Frage ist mit Bezug auf Liegenschaften jedenfalls im verneinenden Sinne zu beantworten.*) Nach Art. 8 des Gesetzes vom 20. Dezember 1823 sollen nämlich die Liegenschaften jeweilen zur Masse gezogen werden, wenn der Veräußerer vor erfolgter Fertigung des Veräußerungsvertrages in Geltstag fällt. Daraus folgt, daß Besitzesfragen im Vindikationsprozeß gegen eine Geltstagsmasse gar nicht zur rechtlichen Erörterung gelangen dürfen, sondern daß in einem solchen Falle einzig und allein zu prüfen ist, ob das Eigenthumsrecht an den betreffenden Liegenschaften vor dem Geltstage des Veräußerers durch Fertigung des Veräußerungs-

*) Das Nämliche gilt unzweifelhaft auch für bewegliche Sachen. Das Wort „Besitz" in §§ 564, 565 B.-B. bedeutet nichts anderes als „Innehabung", „Gewahrsam" und soll in der Novelle durch letztern Ausdruck ersetzt werden. Das beweisen namentlich die Satzung 432 C.; § 470, 2ter Satz B.-B. Red.

Digitized by Google

vertrages an den neuen Erwerber übergegangen, oder ob dieß nicht der Fall ist. Das fünfte Klagsbegehren des Vindikanten entbehrt daher der Begründung.

60. 1) Die Amtsbürgen eines Notars haften dem Publikum für dem Letztern anvertraute Handänderungsgebühren. — 2) Durch Unterlassung des Staates, in dem amtlichen Güterverzeichniß über den Nachlaß des einten Amtsbürgen eine Eingabe zu formiren, wird der andere solidarische Mitbürge nicht befreit.

Kompromißsache Hofmann c. Blaser und Zimmermann.

26. Aug. 1882.

Vgl. Ztschr. I, 146; XIV, 271.

Streitfragen:

1. Ist die von Amtsnotar Schönholzer sel. geleistete Amtsbürgschaft für den Schaden haftbar, welcher dem Daniel Hofmann wegen Nichtablieferung der dem Ersteren als Stipulator zugestellten Handänderungsgebühren erwächst?

Eventuell:

2. Ist diese Entschädigung durch den einten Bürgen Blaser allein, oder aber zur einen Hälfte durch ihn und zur andern Häfte durch den Amtsschreiber von Seftigen, Herrn Z., zu fragen?

Thatsachen:

Jak. Schönholzer, Notar von L., welcher s. Z. ein Amtsnotarpatent für den Amtsbezirk S. ausgewirkt und den daherigen Beruf bis zu seinem gegen das Ende des Jahres 1880 erfolgten Hinscheid in R. ausgeübt hatte, stellte als Amtsbürgen Chr. Blaser, Flößermeister in A., und Peter Sulser, Arzt daselbst. Der einte Bürge, P. Sulser, ist verstorben und es wurde über dessen Verlassenschaft ein amtliches Güterverzeichniß aufgenommen, in welches jedoch eine Rechtsverwahrung in Betreff dieser Amtsbürgschaft von keiner Seite eingereicht ward. Später starb auch Schönholzer, und es wurde dessen erbloser Nachlaß gerichtlich liquidirt. Es ist anerkannt, daß Sch. von Dan. Hofmann einen Staatsgebührenbetrag von Fr. 432 zugestellt erhalten, denselben aber nicht an

Digitized by Google

Behörde abgeliefert hat. Hofmann machte seine diesfallsige Ansprache in der gerichtlichen Vereinigung des Sch. geltend, erhielt aber ungenügende Deckung und belangt nun für seinen Verlust den Chr. Blaser. — Es entsteht nun die Frage, ob die bestellte Amtsbürgschaft sich auch auf Veruntreuungen oder Vernachlässigungen des Amtsnotars Sch. der obgedachten Art beziehe, bejahenden Falls, ob der einte Bürge, Chr. Blaser, nur für die Hälfte des Geforderten belangt werden könne, weil, seiner Auffassung nach, er für die Folgen der Seitens der Staatsbehörden unterlassenen Eingabe in das amtl. Güterverzeichniß des P. Sulser sel. nicht haftbar sei, oder aber, ob der Schlußsatz der Satz. 924 C. hier anwendbar sei . . ., und endlich, ob der Amtsschreiber von Seftigen infolge der unterlassenen Eingabe für die Hälfte des Schadenersatzes aufzukommen habe.

Erwägungsgründe:

Nach Art. 49 des Emolumententarifes von 1813 (Theil II. Tit. II. 2. Abschnitt) hat der stipulirende Notar die Staatsgebühr vor der Fertigung des Handänderungsvertrages von den Parteien zu beziehen und dieselbe sodann nach erfolgter Fertigung zu Handen des Staates abzuliefern, und nach Art. 2 des Beschlusses über Bezug und Verrechnung der Handänderungsgebühren vom 14. Dezember 1836 soll die Bezahlung dieser Gebühren durch die Parteien selbst oder in ihrem Namen durch den stipulirenden Notar geleistet werden. Nach diesen Bestimmungen, welche noch dermal zu Recht bestehen, indem durch das Gesetz betreffend die Amts- und Gerichtsschreibereien vom 24. März 1878 nur die widersprechenden Bestimmungen der vorher citirten Erlasse aufgehoben worden sind (vergl. den Eingang des § 26 l. c.), erscheint der Bezug der Handänderungsgebühr allerdings als eine Berufshandlung des Notars bezw. Amtsnotars, und die Unterschlagung solcher Gelder durch einen Amtsnotar ist als eine Pflichtverletzung zu betrachten, für deren Folgen seine Bürgen zu haften haben. Die erste Streitfrage ist somit in bejahendem Sinne zu entscheiden.

Was die zweite Streitfrage anbetrifft, so ist hier Satz. 924 C. maßgebend, welche bestimmt, daß der Bürge fortfährt, für das Ganze zu haften, wenn ein Mitbürge durch eine Unterlassung des Gläubigers, gegen deren Folgen er, der Bürge, sich durch eine rechtliche Vorkehr hätte schützen können, aus der Verpflichtung gekommen ist. Der Bürge Blaser kann sich demnach nicht darauf berufen, daß der Staat im amtlichen Güterverzeichnisse seines Mitbürgen keine Eingabe gemacht, weil er selbst in der Lage gewesen

Digitized by Google

wäre, eine solche zu machen, nnd sich in dieser Weise den Rückgriff auf seinen Mitbürgen, bezw. dessen Erbschaft zu wahren (S. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. I pag. 146).

Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern vom Jahre 1882.

Mitgetheilt von Oberrichter Dr. Carl Attenhofer.

1. Legitimation des Testamentsvollziehers zur Klage gegen die Erben auf Anerkennung der Vermächtnisse. — Collationsverbindlichkeit der Erben auf Begehren der Legatare. — Sind bei Feststellung der Testirbefugniß die Legate, durch welche eine bloße Nutznießung verordnet wird, nach ihrem vollen Betrage zu berechnen?

Durch letztwillige Verordnungen vom 20. Februar 1872 und 25. April 1877 hatte Ferdinand W., Vater, mehrere Legate ausgeworfen und im Art. 11 der Verordnung vom 25. April 1877 bestimmt: „Als Vollstrecker meiner letztwilligen Verordnung ernenne ich den Herrn H., welchem ich dieselbe übergebe und der für seine allfälligen Bemühungen und Auslagen aus meiner Verlassenschaft angemessen zu entschädigen ist."

Als nun nach dem Tode des Vater W. der Testamentsvollstrecker H. von den Söhnen des Erblassers, resp. von dem Sohne Joseph und der Konkursmasse des Sohnes Ferdinand Anerkennung der fraglichen Legate verlangte, wurde dieselbe verweigert. In Folge dessen trat H. klagend auf und stellte das Rechtsbegehren:

die zwei beklagten Erben des Vater W. sel. seien gehalten, dessen letztwillige Verordnungen vom 20. Februar 1872 und 25. April 1877 in allen Theilen anzuerkennen nnd die in denselben verordneten Vermächtnisse aus besagter Erbsmasse an Kläger als Vollstrecker dieser Verordnungen zu Handen der Vermächtnißnehmer verabfolgen zu lassen mit Zins seit dem Tode des Erblassers.

Die Beklagten stellen in der Rechtsantwort folgende Begehren:

Digitized by Google

I. der dermalige Kläger Hr. H. sei Namens des Erblassers Vater W. sel., resp. der betreffenden Vermächtnißnehmer, und gegenüber den beklagten Erben nicht legitimirt zur Klagestellung, und sei deßhalb mit seiner vorliegenden Klage abzuweisen;

II. eventuell:

1. die letztwilligen Verordnungen des Vaters Ferdinand W. sel. vom 20. Februar 1872 und 25. April 1877 seien auf das gesetzliche Maß einzuschränken;
2. es seien daher die sämmtlichen Legate um **Fr. 17,640**, d. i. auf **Fr. 11,440** zu reduziren;
3. habe diese Reduktion verhältnißmäßig nach Vorschrift des § 465 des b. G.-B. zu erfolgen.

(Die thatsächlichen Momente, auf welche die Litiganten in den Rechtsschriften zur Begründung ihrer Rechtsbegehren sich berufen, sind aus den Motiven des Obergerichts ersichtlich.)

Obergerichtlich wurde erkennt:

1. der dermalige Kläger H. sei Namens des Erblassers Vater W. sel., resp. der betreffenden Vermächtnißnehmer, gegenüber den beklagten Erben zur Klagestellung legitimirt;
2. die letztwilligen Verordnungen des Vater W. seien auf das gesetzliche Maß eingeschränkt;
3. die in Frage stehenden sämmtlichen Legate seien demgemäß *für dermalen* auf den Betrag von **Fr. 17876. 35 Rp.** reduzirt;
4. die daherige Reduktion habe verhältnißmäßig nach Vorschrift des § 465 des b. G.-B. zu erfolgen.

Motive:

Im obwaltenden Prozesse sind folgende Fragen zu beantworten:

I. *Ist der dermalige Kläger H. als Testamentsvollstrecker zum Prozesse legitimirt?*

Diese Frage ist zu bejahen. Unser luzernisches Recht hat das Institut der Testamentsvollstrecker allerdings nicht, wie dieses durch andere ältere und neuere Gesetzgebungen — z. B. durch das österreichische allgemeine Landrecht, den code civil, das sächsische b. G.-B. — geschehen, ausdrücklich adoptirt. Auch dem gemeinen Rechte, wie es sich aus dem römischen Rechte entwickelte, ist wenigstens das heutige Institut der Testamentsexekutoren fremd. Dieses Institut in seiner heutigen Anwendung beruht vielmehr auf Gewohnheitsrecht, welches auf ältere germanische Rechts-

Digitized by Google

einrichtung zurückzuführen ist. (Vgl. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten IV. Auflage, 3. Bd. § 567, Anmerkung 6; Gerber, deutsches Privatrecht, X. Auflage, S. 719; Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, III. Auflage § 143.)

Bei dieser Sachlage bilden bei Lösung der Frage nach der rechtlichen Stellung der Testamentsvollzieher einerseits die Grundsätze, wie sie uns durch die Wissenschaft des deutschen Privatrechtes übermittelt worden, anderseits die Analogie im Hinblick auf unser luzernisches Recht, die maßgebenden Entscheidungsnormen.

a. Nach den Grundsätzen, wie sie uns durch die Wissenschaft des deutschen Privatrechtes übermittelt worden und in einzelnen Ländern durch positive Gesetze sanktionirt sind, liegt dem Testamentsvollstrecker ob, für gehörige Ausführung der in den letztwilligen Verordnungen enthaltenen Verfügungen, insbesondere auch dafür zu sorgen, daß auch die Vermächtnißnehmer das ihnen vom Testator Zugewendete erhalten. (Vgl. Beseler, System des deutschen Privatrechtes, III. Auflage § 143; Bluntschli, deutsches Privatrecht, III. Auflage § 247; Stubenrauch, Commentar zum allgemeinen b. G.-B. Oesterreichs zu den §§ 816 und 819; code civil Art. 1031).

b. § 124 des luzernischen b. G.-B. und § 9 litt. a des Vormundschaftsgesetzes vom 7. März 1871 räumen einem Vater das Recht ein, auf den Fall seines Todes für seine minderjährigen Kinder den Vormund zu bestellen. Schon hieraus folgt, daß die Befugniß, letztwillig auch bezüglich eines andern Gegenstandes als des Vermögensnachlasses zu verfügen, durch das Gesetz nicht schlechthin ausgeschlossen werden will.

So liegt es dann aber in der Natur der Sache, daß die Befugniß, zu testiren, die Befugniß, als die mindere, in sich schließe, für die gehörige Vollziehung der letztwilligen Verordnung Vorsorgen zu treffen, daher auch einen Testamentsvollstrecker zu ernennen. Gegen eine solche Ernennung spricht auch kein ausdrückliches gesetzliches Verbot. Vielmehr erscheint die Zulässigkeit der testamentarischen Ernennung von Testamentsvollstreckern herkömmlich anerkennt. (Vgl. Dr. K. Pfyffer, Rechtsfreund für den Kanton Luzern, 1842, S. 105).

Als natürliche Consequenz dieser rechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers ergibt sich die Berechtigung desselben, gegen die Erben auf Anerkennung der Vermächtnisse zu klagen, ohne daß es hiezu eine spezielle Vollmacht der Legatare bedarf. (Vgl. auch Entscheid des O.-A.-G. in Celle vom 17. Juli 1860 in Seuffert's Archiv Bd. 15 Nr. 142.).

Digitized by Google

II. Wie groß ist der Betrag der in Frage liegenden Vermächtnisse?

a. Vermächtnisse zu Eigenthum an verschiedene Personen und Anstalten	Fr.	11,204
b. Vermächtnisse zu Nutznießung	„	12,875
c. in Folge besonderer Verfügung sind aus dem Nachlasse überhin zu bestreiten die Erbgebühren, insoweit diese von den Legaten zu entrichten sind, demnach	„	1,488
Gesammtbetrag der Vermächtnisse	Fr.	25,567

In den Vermächtnissen zu Eigenthum sub litt. a sind inbegriffen Legate zu geistlichen und kirchlichen Zwecken Fr. 8304.

III. Wie groß ist der Vermögensnachlaß des Vaters W. sel.?

Laut amtlicher, bei der Designation am 17. Februar 1879 aufgenommenen Inventur ergab sich folgendes Guthaben:

a. an Werthschriften und Forderungen, nicht inbegriffen die Konkursansprache an Sohn Ferdinand	Fr.	56,200. 23
b. Miethzinse	„	2 000. —
c. Fahrhaben	„	1 181. 50
Total	**Fr.**	**59,381. 73**

Die aufgefundene Baarschaft wurde zur Deckung der Passiva des Schuldenrufes bestimmt und fiel nicht weiter in Betracht.

Zu obiger Summe von	Fr.	59381. 73
kommt noch die Forderung, welche der Erblasser an Sohn Ferdinand laut unbestrittener Konkurseingabe besaß, mit	„	39956. 37
Der Gesammtnachlaß beträgt somit	**Fr.**	**97,338. 10**

Sodann wird mit Rücksicht auf § 397 des b. G.-B. verlangt, daß die Söhne gewisse Summen als „Vorempfänge" in die Erbsmasse des Vaters F. W. einschießen.

Hiebei entsteht nun vorab die Frage, ob es einzig Sache der Erben oder auch der Legatare sei, ein solches Begehren zu stellen?

Ein Begehren der Legatare um wirklichen Einschuß müßte von vornherein als unthunlich erklärt werden. Die Legatare können in keinem Falle mehr verlangen, als daß ihnen die betreffenden Legate ausbezahlt werden (§ 464 des b. G.-B.).

Digitized by Google

Die Frage dagegen, ob die Legatare nicht wenigstens verlangen dürfen, daß bei der Bestimmung der Größe des Betrages, über welchen ein Erblasser zu testiren befugt sei, die Vorempfänge, als Theile des elterlichen resp. großelterlichen Vermögens, in Berechnung zu ziehen seien, wird durch die luzernische Gesetzgebung ausdrücklich nicht beantwortet. Diese Frage ist jedoch grundsätzlich zu bejahen. Der Vorempfang im Sinne des § 397 des b. G.-B. ist als ein Theil des elterlichen resp. großelterlichen Vermögens zu behandeln. Gemäß diesem Artikel hat das Kind Dasjenige, was es bei Lebzeiten der Eltern resp. Großeltern von denselben zur Ausstattung der Ehe oder zu eigener Haushaltung oder unmittelbar zum Antritte eines Amtes oder eines Gewerbes erhalten hat, sowie was allfällig zu Bezahlung seiner Schulden verwendet worden, den Eltern resp. Großeltern nicht zurückzuerstatten, wohl aber dasselbe als eine Schuld an die Erbsmasse anzuerkennen, resp. sich auf seinen Erbtheil anrechnen zu lassen. Daher auch für Dasjenige, was dergestalt eingeschossen werden muß, die Benennung „Vorempfang." Auch der Commentar von Dr. C. Pfyffer zu § 400 des b. G.-B. sagt, daß die Vorempfänge „zu dem elterlichen Vermögen gehören." Bei der Ausmittelung des Vermögens verstorbener Eltern resp. Großeltern ist daher auch der Betrag der Vorempfänge in Berechnung zu ziehen.

Hinsichtlich der einzelnen Collationsbegehren ist Folgendes zu bemerken:

a. Kläger verlangt von den Beklagten den Einschuß zweier Gülten im Betrage von je Fr. 15,000 oder im Gesammtbetrage von Fr. 30,000.

Laut „Geschäftsübertragung des Vater W. vom 24. Februar 1868 an Sohn Ferdinand" hatte dieser sich verpflichtet, auf den ihm abgetretenen Liegenschaften zu Gunsten des Vaters zwei Gülten von je Fr. 15,000 zu errichten. Der Kläger behauptet nun, daß Vater W. diese Gülten den beiden Söhnen überlassen habe. Diese Behauptung ist von den Beklagten ausdrücklich nicht bestritten worden.

Aus der ganzen Fassung des angeführten Vertrages vom 24. Februar 1868 und namentlich aus dem Umstande, daß Vater W. denselben nur „im Einverständnisse" mit Sohn Joseph W. und unter der Bedingung abgeschlossen hatte, daß Sohn Ferdinand den Bruder Joseph „zu seiner Zufriedenheit" auskaufe, ergibt sich überhin, daß Vater W. seine Söhne in Beziehung auf das Vermögen, das ihnen vom Vater zukommen sollte, gleichmäßig behandeln wollte.

Digitized by Google

Die Pflicht zur Collation des Betrages fraglicher zwei Gülten ist demnach unzweifelhaft vorhanden.

b. Anders verhält es sich mit dem Begehren, daß laut „Geschäftsübertragung" vom 24. Februar 1868 und laut dem zwischen den beiden Söhnen unterm gleichen Datum getroffenen Auskaufe Jeder der beiden Söhne annoch **Fr. 85,000** konferire.

Durch die beiden Verträge werden die Thatsachen, aus welchen eine solche Collationspflicht sich ergeben sollte, nicht klar gelegt, ebensowenig durch die vorliegenden Prozeßverhandlungen.

In dem bezüglich der „Geschäftsübertragung" abgeschlossenen Vertrage ist der Werth der von Vater W. dem Sohne überlassenen Aktiva nicht ersichtlich, ebensowenig die Größe der vom Sohne Ferdinand übernommenen Passiva. Es läßt sich mit Bestimmtheit nur sagen, daß für das Ganze **Fr. 30,000** versprochen worden sind.

Wenn dann im Auskaufvertrage vom gleichen Datum Sohn Ferdinand dem Bruder Joseph eine Auskaufsumme von **Fr. 85,000** versprochen hatte, so beweist das für den Werth der von Vater W. dem Sohne überlassenen Aktiva schon deßhalb nichts, weil bei fraglichem Auskaufe Joseph W. seinerseits seinen Antheil an der von N. Rietschi erkauften Liegenschaft und den darauf erstellten neuen Gebäulichkeiten an den Bruder Ferdinand abtrat, und über den Werth dieser Objekte sowie über die Größe der darauf haftenden Verbindlichkeiten kein Ausweis vorliegt.

Das in Frage stehende Collationsbegehren ist daher nicht begründet.

Laut dem Gesagten sind somit zu dem bereits ermittelten Guthaben der Erbsmasse des Vaters F. W. sel., betragend . . **Fr. 97,338. 10,**
als „Vorempfänge" noch hinzuzurechnen:
a. Vorempfang des Ferdinand W. . . „ 15,000. —,
b. „ „ Joseph W. . . „ 15,000. —,
Somit Gesammtguthaben **Fr. 127,338. 10.**

IV. Wie viel konnte Vater Ferdinand W. dem Erörterten zufolge letztwillig verfügen und hat Vater W. seine Testirbefugniß überschritten und event. inwieweit ist dieses der Fall?

Hier entsteht vorab die Frage, ob bei Feststellung der Testirbefugniß die Legate, durch welche eine bloße Nutznießung

Digitized by Google

verordnet wird, ebenfalls nach ihrem vollen Betrage zu berechnen seien.

Diese Frage ist zu bejahen, da nach dem Wortlaute des § 428 des b. G.-B. den Deszendenten eines Erblassers der Pflichttheil unbeschwert zukommen soll. (Dr. C. Pfyffers Comment. zu § 429 des b. G.-B.)

Bei einem nicht bloß nominellen, sondern reellen Nachlasse von Fr. 127,338. 10 wäre sodann Vater Ferdinand W. letztwillig zu verfügen berechtigt gewesen:

a. nach § 428 des b. G.-B über Fr. 127,338. 10 : 5 = Fr. 25,467. 62,

b. nach § 451 des b. G.-B. über Fr. 127,338. 10 : 10 = Fr. 12,733. 81.

Insoweit jedoch die Konkursansprache an Sohn Ferdinand nicht erhältlich ist, resp. durch den Betrag desjenigen, was dem Sohne F. aus dem Nachlasse des Vaters noch zukommt, nicht gedeckt wird, darf sie auch nicht als reelles Guthaben behandelt werden. Wie viel aber von fraglicher Ansprache aus dem Konkurse des Sohnes F. erhältlich sei, kann erst durch die betreffende Konkursliquidation ermittelt werden. Die Größe des Erbtheiles des Ferdinand W. aber läßt sich erst bestimmen, wenn einmal die bis anhin noch nicht erfolgte Erklärung der zwei Töchter W. vorliegt, ob sie auf das Intestaterbrecht definitiv verzichten wollen oder nicht.

Vorderhand darf daher als reeller Vermögensnachlaß des Vaters W. nur der Betrag von . . . Fr. 127,338. 10,
weniger . . . . . „ 37,956. 37,
somit . . . . . „ 89,381. 73
behandelt werden.

Bei einem reellen Vermögen in letzterm Betrage durfte Vater W. letztwillig verfügen:

a. nach § 428 des b. G.-B. über Fr. 89,381. 73 : 5 = Fr. 17,876. $34^3/_5$,

b. nach § 451 des b. G.-B. über Fr. 89,381. 73 : 10 = Fr. 8,938. $17^3/_{10}$.

Die ausgesetzten Vermächtnisse sind somit auf den erstern Betrag zurückzuführen. (O.-G. 10. Jänner 1882, Nr. V).

2. Rechtsverhältniß bei Uebergabe von Vieh an Fütterung; Haftpflicht, Verschulden oder Zufall. — Beweislast?

Friedrich Sch. klagt Namens der Reßlisbodengesellschaft in D. gegen Jakob Ch. in L. einen Fütterungslohn, herrührend von

Digitized by Google

mehreren der Klägerin auf der Alp Reßlisboden zur Sömmerung laut Uebereinkommen übergebenen Rindern, den Betrag von 131 Fr. ein. Diese Forderung wird von dem Beklagten nicht bestritten, dagegen erhebt derselbe in der Form der Widerklage eine Ersatzforderung für ein während der Fütterungszeit verloren gegangenes Rind im Betrage von Fr. 340 nebst Zins seit dem 19. Februar 1880.

Zur Begründung dieser Widerklage wird geltend gemacht:

1) das betreffende Rind sei durch Verschulden des klägerischen Personals abhanden gekommen, indem dieses es an der nöthigen custodia habe fehlen lassen;
2) eventuell, wenn auch keine culpa vorhanden, sei vorliegend die Klägerschaft, resp. die Widerbeklagte, dennoch haftbar, indem die Entschädigungsforderung sich auf ein Rechtsverhältniß gründe, welches im § 578 des b. G.-B. (receptum nautae, cauponis etc.) normirt sei, bei diesem Rechtsverhältniß sei für den Uebernehmer die Haftbarkeit selbst aus dem Zufalle begründet.

Replicando wird von der Klägerin jedes Verschulden bestritten und behauptet, daß bezüglich der Haftbarkeit des Klägers die Grundsätze des § 578 des b. G.-B. nicht Anwendung finden.

Obergerichtlich wurde erkennt: die Klägerin resp. die Widerbeklagte sei gehalten, an den Beklagten als Ersatz für ein an die Fütterung gegebenes und nicht mehr zurückgestelltes Rind den Betrag von Fr. 340 anzuerkennen und unter Abzug ihrer Fütterungskosten von 131 Fr. mit 209 Fr. zu bezahlen.

Motive:

Die Parteien haben sich zunächst darum gestritten, unter welche rechtliche Kategorie ein Rechtsgeschäft, gemäß welchem Jemand gegen Entgelt die Fütterung von Vieh übernommen, zu rubriciren sei. Hiebei ist offenbar unzutreffend, wenn dasselbe Seitens des Beklagten als ein Rechsverhältniß im Sinne des § 578 des b. G.-B. aufgefaßt werden will, gemäß welchem nur eigene Schuld und höhere Gewalt die Haftbarkeit des Uebernehmers ausschließt. Diese Haftbarkeit des Uebernehmers, welche dem § 578 des b. G.-B. zu Grunde liegt, ist auf ganz bestimmte Verhältnisse beschränkt, nämlich für Wirthe, Schiffer und Fuhrleute, und es ist unzulässig, die daherige Bestimmung ausdehnend auf andere Verhältnisse anzuwenden. Denn der Analogie steht schon die strenge Verantwortlichkeit, welcher die genannten Personen unterworfen sind, entgegen,

Digitized by Google

indem dieselbe weiter ausgedehnt ist, als sonst die Regel des Rechtes mit sich bringt, so daß die strenge Haftpflicht der Genannten einen ausgeprägten singulären Charakter hat. (Vgl. auch Seuffert, praktisches Pandektenrecht, Bd. II., S. 377, Anmerk. 25.) Dazu kommt noch, daß nach den klaren und bestimmten Quellenaussprüchen des römischen Rechtes, welchen der § 578 des luzern. b. G.-B. mit der unwesentlichen Modifikation nachgebildet ist, daß letzteres nach dem Vorbilde des österreichischen Rechtes die Fuhrleute neben dem Wirthe und Schiffer hinstellt, — ausdrücklich die betreffende Verbindlichkeit nur auf die Schiffer, Gast- und Stallwirthe beschränkt wird (vgl. l. 1, § 2, 5, Dig. 4, 9). Es trifft überhaupt der Gesichtspunkt eines Aufbewahrungsvertrages auf den Viehverstellungsvertrag resp. auf den Fall nicht zu, wo Jemand — wie vorliegend — gegen Entgelt die Fütterung von Vieh übernommen hat. Denn es leuchtet ein, daß der eigentliche Zweck des Aufbewahrungsvertrages, das Raumgeben, hier ganz nebensächlicher Natur ist und der Hauptzweck des Vertrages die Unterhaltung, d h. die Fütterung der übergebenen Thiere bildet. Der in Rede stehende Vertrag kann daher unter eine bestimmte Kategorie der im Systeme unseres bürgerlichen Gesetzes speziell normirten Vertragsarten nicht subsumirt werden, und handelt es sich hier lediglich um einen unbenannten Vertrag auf gegenseitige Leistung (sog. Innominatkontrakt, «facio ut facias»). (Vgl. Beseler, System des deutschen Privatrechtes, 3. Aufl., § 197.) Dagegen dürfen die Grundsätze des § 573 des b. G.-B. über die Haftbarkeit des Depositars für den verschuldeten Untergang der Sache unbedenklich per analogiam-Anwendung finden, soweit nämlich der Uebernehmer der Thiere mit der Verpflichtung zur Fütterung implicite auch die Verpflichtung zur Aufbewahrung derselben übernommen hat. Und zwar muß hier der Uebernehmer um so mehr für jedes Verschulden, auch ein leichtgradiges, haften, da das Rechtsgeschäft ein entgeltliches ist. Anderseits liegt kein Grund vor, den Uebernehmer auch für den bloß zufälligen Verlust der Sache haftbar zu erklären, da sich eine solche Haftbarkeit weder aus den für den Aufbewahrungsvertrag geltenden Grundsätzen, noch aus den besondern Eigenschaften des Fütterungsvertrages ergibt.

Es fragt sich somit, ob das Abhandenkommen des in Rede stehenden Rindes als ein bloß zufälliges oder aber als ein von Seite der Klägerin verschuldetes sich darstelle. Die erste Instanz hat ein solches Verschulden angenommen, allein aus kaum zureichenden Gründen. Denn unter gegebenen Verhältnissen kann von Seite des Uebernehmers doch nicht wohl eine so weit gehende Sorgfalt in der Ueberwachung der Thiere gefordert werden, daß

Digitized by Google

demselben ein Diebstahl durch Dritte oder das Verirren der Thiere ab der Weide nun ohne Weiteres als Mangel an der erforderlichen Aufmerksamkeit angerechnet werden dürfte. Auf der andern Seite sprechen allerdings die beiden Zeugen Röthlisberger sich dahin aus, es müsse das Abhandenkommen des Rindes als ein zufälliges, d. h. der Klägerin in keiner Weise zur Last fallendes, erachtet werden. Allein die Aussagen dieser beiden Zeugen können aus zwei Gründen nicht ins Gewicht fallen, einmal weil sie Angestellte der Klägerin sind, und sodann weil gerade die Zeugen von der Klägerin mit der Obhut über die Thiere beauftragt waren, somit ein Verschulden auf jener Seite ohne Weiteres ein eigenes persönliches Verschulden der Zeugen involviren und damit event. ihre Ersatzpflicht gegenüber der Klägerin begründen müßte.

Da sonach ein Beweis nach beiden Seiten nicht vorliegt, so hängt der Entscheid über die gestellte Ersatzforderung endlich lediglich davon ab, auf welchem Theile die Beweislast ruhe. Diese Frage ist in dem Sinne zu entscheiden, daß Klägerin resp. die Widerbeklagte den bloßen Zufall, resp. das Nichtvorhandensein eines Verschuldens, und nicht der Beklagte resp. Widerkläger das Vorhandensein eines Verschuldens hätte beweisen sollen; denn

a) die gestellte Ersatzforderung ist im Grunde nichts Anderes als ein Surrogat der Contraktsklage auf Rückstellung der übergebenen Sache. Wie aber im daherigen Streite der (Wider-)Beklagte, um sich von dem gegnerischen Anspruche zu befreien, einredeweise den Beweis dafür hätte erbringen müssen, daß die Sache ohne seine Schuld untergegangen, resp. verloren sei (vgl. Entscheid vom 24. April 1877, Nr. 324), so ist das Gleiche auch bei der Ersatzforderung der Fall;

b) dasselbe ergibt sich ohne Weiteres auch aus der Natur der Sache, indem der abwesende Eigenthümer ja selten in der Lage sein könnte, das Vorhandensein eines Verschuldens auf Seite des Uebernehmers nachzuweisen;

c) wie bereits bemerkt, handelt es sich vorliegend um eine entgeltliche Aufbewahrung und ist daher schon aus diesem Gesichtspunkte wie bezüglich der gegenseitigen Verpflichtungen überhaupt, so auch bezüglich der Beweislast in fraglicher Richtung der Uebergeber günstiger gestellt.

Das Widerklagebegehren ist somit grundsätzlich gutzusprechen. Was das Maß betrifft, so dürfte allerdings in Frage gestellt werden, ob Klägerin, nachdem sie den betreffenden Fütterungslohn bereits in Abzug gebracht, nun gleichwohl den Gesammtwerth des abhanden gekommenen Rindes zu ersetzen habe. Allein die Parteien

Digitized by Google

haben hierüber in den Rechtsschriften eventuell nicht gestritten, und ist somit, nachdem der Werth des Rindes durch Eideszuschiebung festgestellt ist, das beklagtische Begehren auch dem Maße nach gutzuerkennen. (Obergericht, 11. Jänner, Nr. II.)

3. Condictio sine causa. — **Zur Interpretation des § 26, letzten Absatzes, des Konkursgesetzes, gemäß welchem die im Liegenden zu Verlust gegangenen Ansprachen in 6ter Klasse des Fahrenden collozirt worden; Folgen der Nichtbestreitung der Konkursliquidation.**

Unterm 12. Juli 1879 konkursirte Jost B. vor Gerichtsausschuß Sempach im Liegenden und Fahrenden. Auf der Liegenschaft X. des Konkursiten haftete unter Anderm eine beim Konkursausbruche noch unveräußerte Gült von Fr. 2000, angegangen den 20. Februar 1874. Dieselbe wurde unterm 15. September 1879 und zwar ohne Nachwährschaft versteigert, und hiebei von dem beklagten Josef T. um den Betrag von 22 Fr. erstanden. Bei der am 8. November 1879 abgehaltenen Steigerung um die Liegenschaft X. ging dieses von Josef T. ersteigerte Instrument bis auf den Betrag von 55 Fr. 17 Cts. verloren. Für die verlustige Summe von 1944 Fr. 83 Cts. wurde nun Josef T. bei der Liquidation in 6. Klasse des Fahrenden collozirt und aus dem daherigen Guthaben vollständig bezahlt. Nachdem inzwischen der Konkurs über Jost B. gemäß dem einen Guthabensüberschuß von 539 Fr. 21 Cts. aufweisenden Ergebnisse der Liquidation aufgehoben war, verlangte derselbe von Jos. T. Ersatz der Summe von 1944 Fr. 83 Cts., indem der Beklagte für diesen Betrag unberechtigt bereichert sei.

Der Beklagte verlangt Abweisung des klägerischen Begehrens, indem er sich einerseits auf den § 26 des Konkursgesetzes, wonach die im Liegenden zu Verlust gegangenen Forderungen Anspruch auf Kollokation in 6. Klasse im Fahrenden haben, beruft, anderseits geltend macht, der Kläger habe seiner Zeit gegen die Liquidation keinen Einspruch erhoben und daher auf einen solchen verzichtet.

Obergerichtlich wurde der Kläger mit seiner Forderung beschützt.

Motive:

Die Rückforderungsklage aus Grund ungerechtfertigter Be-

*) Offenbar ganz wie eine Grundschuld des modernen preußischen Rechts. Red.

Digitized by Google

reicherung (condictio sine causa) erweist sich im vorliegenden Falle als eine begründete. Die Berufung des Beklagten auf den § 26 des Konkursgesetzes, wonach die im Liegenden zu Verluste gegangenen Forderungen Anspruch auf Kollokation in 6. Klasse des Fahrenden haben, kann in concreto keinen Abweisungsgrund für die gestellte Klage bilden. Nach der Natur des Konkurses ist bloß Derjenige, bez. dessen Rechtsnachfolger, Konkursgläubiger im wahren und eigentlichen Sinne des Wortes, welcher bei der Eröffnung des Konkurses eine (liegende oder fahrende) Ansprache auf dem Cridar besitzt. Denn der Zweck des Konkurses ist kein anderer, als das vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners unter die Gläubiger desselben nach gesetzlich festgesetzter Rangordnung zu vertheilen. Demgemäß hat also nur Derjenige, welcher im eben bezeichneten Sinne Konkursgläubiger ist, Anspruch auf das Massaguthaben, abgesehen selbstverständlich von den Massagläubigern, welche, weil an der Masse selbst forderungsberechtigt, auch aus dem Guthaben derselben befriedigt werden müssen. Im gegebenen Falle ist nun aber der Beklagte von Anfang an nicht Ansprecher des Gemeinschuldners gewesen, sondern wäre dieses, insofern er überhaupt eine begründete Forderung auf demselben erworben hätte, was sofort weiter zu untersuchen sein wird, erst im Laufe des Konkurses in Folge und aus Grund des stattgefundenen Exekutions-Verfahrens (Versilberung der Aktiva) geworden.

Das im vorliegenden Falle von der Konkursbehörde eingeschlagene Verfahren, wonach die beim Konkursausbruche vorfindlichen auf der Liegenschaft des Konkursiten haftenden Gülten vor der Liegenschaftssteigerung versteigert wurden, ist ein unrichtiges und dem Zwecke des Konkurses nicht entsprechendes. Durch das eingeschlagene Verfahren ist der Gemeinschuldner unzulässigerweise in neue Verbindlichkeiten gezogen worden. Denn es bedarf keines weiteren Nachweises, daß der Gültschuldner erst mit der Veräußerung der Gült persönlich dafür haftbar wird, so daß er für einen allfälligen Verlust im Liegenden einzustehen hätte. Die Konkursmasse hat aber offenbar keine Befugniß, dem Schuldner dergestalt neue Verbindlichkeiten aufzulegen, zumal dieses auch mit Bezug auf den Zweck, die Aktiva zu versilbern, gar nicht erforderlich ist, indem, wie dieses anderswärts Uebung ist, unveräußerte, auf der Liegenschaft haftende Instrumente einfach kassirt werden können. Zudem tritt noch als selbstständiger Grund hinzu, daß das in Rede stehende Instrument von der Konkursmasse zugestandenermaßen ohne Nachwährschaft versteigert worden ist. Damit wollte doch wohl gesagt werden, daß, sofern das verkaufte Instrument im Liegenden ganz oder theilweise zu Verlusten gelangen

Digitized by Google

sollte, dem Ersteiger hiefür ein Ersatzanspruch nicht zustehen würde. Es ist freilich richtig, daß der Ersteigerer, resp. der Beklagte seine Forderung im Fahrenden nicht aus Grund der Nachwährschaftspflicht, sondern als Verlorenes im Liegenden geltend gemacht hat. Allein immerhin ist nur der Verlust im Liegenden dem Beklagten ersetzt worden, auf welchen Ersatz er gemäß ausdrücklicher Steigerungsbedingung keinen Anspruch hatte.

Was die zweite Einwendung des Beklagten betrifft, es habe Kläger seiner Zeit gegen die Liquidation keinen Einspruch erhoben und daher auf einen solchen verzichtet, ist ebenfalls nicht zu hören, denn es handelt sich diesfalls analog wie bei einer unbestrittenen Betreibung um eine blos formelle Rechtskraft, welche die Liquidation nach unbenütztem Ablauf der Einspruchsfrist allerdings beschritten hatte, so daß Dasjenige, was dem Beklagten gemäß dieser Liquidation zukam, ihm durch das Offizium ausbezahlt werden konnte und mußte. Das schließt aber keineswegs aus, daß Derjenige, aus dessen Vermögen der betreffende Ansprecher in Gemäßheit der formell rechtskräftigen Liquidation, dagegen ohne materiellen Rechtsgrund Etwas erhalten hat, nachher gleichwohl mit einer Rückforderungsklage auftreten kann.

(Obergericht, 23. Jänner 1882, N.-M. I.)

4. Zum Thatbestande des Vergehens der Injurie.

Joseph W. stellt gegen Joseph H. eine Injurienklage und gründet diese darauf, daß der Beklagte unterm 23. September 1880 ihm, dem Kläger, ein Rechtsbot (Warnungsbot) habe zustellen lassen, worin er für entwendete Rüben und Kabis Fr. 90 fordert.

Obergerichtlich wurde angenommen, der Beklagte Joseph H. habe sich einer Ehrenbeleidigung nicht schuldig gemacht.

Motive:

Es wird hierseits die Ansicht der ersten Instanz getheilt, wonach es sich vorliegend nach dem Wortlaute des Rechtsbotes sowie in Rücksicht auf die Eigenthümlichkeiten des Falles überhaupt, sofern überhaupt ein strafbares Vergehen vorliegen sollte, nicht um eine Verleumdung, sondern nur um eine bloße Beleidigung nach § 93 des P.-St.-G. handeln könnte.

Ebenso erscheint es als zutreffend, daß nach Ansicht des erstinstanzlichen Richters von der zum Thatbestande der Beleidigung nothwendigen Absicht, zu beleidigen (animus injuriandi), im gegebenen Falle von Seite des Beklagten nicht wohl die Rede sein könne.

Digitized by Google

Es handelt sich hier nur um eine Rechtsvorkehr, welche Beklagter zur Verfolgung seiner vermeintlichen Entschädigungsansprüche an der Gegenpartei vorzunehmen in der Lage war. Gemäß § 14 des Sch. B.-G. muß im Warnungsbote der Grund der verfolgten Ansprache bezeichnet werden.

Es spricht nun Nichts dafür, daß Beklagter das fragliche Warnungsbot anders als in der ernstlichen Beglaubigung legte, einen ihm zustehenden Rechtsanspruch zu verfolgen. Gestützt auf den unterm 30. März 1880 mit A. E. geschlossenen Vertrag um den Abnutzen ab den in Rede stehenden Landparzellen mochte Beklagter dafür halten, daß die fraglichen Feldfrüchte nicht dem Kläger als nachherigen Käufer jener Landparzellen, sondern ihm, dem Beklagten, gehören, und daß daher Jener diese Früchte sich widerrechtlicherweise angeeignet habe. Der Beklagte hat denn auch hiefür, auf den von der Gegenpartei erhobenen Rechtsdarschlag hin, den Civilprozeß bestanden, wobei er allerdings mit seinen Ansprüchen abgewiesen worden ist. Letztere Thatsache hat aber für die hier allein maßgebende Frage, ob der jetzige Beklagte nicht ursprünglich einen ihm von Rechtswegen zustehenden Anspruch zu verfolgen glaubte, an und für sich keine Bedeutung.

Es bleibt freilich richtig, daß der Beklagte den Grund seiner vermeintlichen Entschädigungsansprüche im betreffenden Warnungsbote sorgfältiger und gewählter hätte bezeichnen dürfen. Dieser Umstand ist aber vom erstinstanzlichen Richter bereits im Kostenpunkte gewürdigt worden.

(Obergericht, 7. Februar 1882, Nr. 4.)

5. Verzicht auf das Erbrecht. Erbverträge zwischen Eltern und Kindern im Sinne des § 478 des b. G.-B. Einrede des Uebertruffs über die Hälfte bei Glücksverträgen.

Unterm 7. Januar 1881 verstarb in F. Uhrenmacher Jakob W., und Erbin zum daherigen Nachlasse war Katharina B.-W., als Schwester des Verstorbenen. Ehe jedoch eine Theilung der Erbschaft stattgefunden hatte, ging auch Frau B.-W. mit Tod ab. Erben der Frau B. waren die vier Kinder derselben, worunter der Konkursit Jakob B. Die Konkursmasse des Letztern beansprucht nun an der Stelle des Konkursiten die Erbsquote, welche aus dem Nachlasse des Uhrenmachers W. sel. demselben zugefallen ist. Die Erben des Uhrenmachers W. bestreiten nun

Digitized by Google

dieses Begehren der genannten Konkursmasse, indem sie sich auf einen von Vater Johann B. und seiner Ehefrau, geb. W., unterm 29. Juni 1860 mit ihrem Sohne Jakob B. getroffenen Auskaufvertrag berufen, wonach Letzterer vom einstigen Erbrechte vom Vater- und Muttergute, im Liegenden und Fahrenden, in Allem und Jedem, ohne Ausnahme und Beschränkung, um die Summe von Fr. 2800 ausgekauft wurde.

Hiegegen wendet nun die klägerische Konkursmasse ein:

a) es handle sich vorliegend nicht um Beerbung der Mutter B., sondern um den Nachlaß des Uhrenmachers Jakob W., und auf diesen habe der Auskaufvertrag keinen Bezug;
b) es wäre zudem der Auskaufvertrag vom 29. Juni 1860 mit Bezug auf den Nachlaß des Jakob W. gemäß § 480 des b. G.-B. als ein Vertrag um eine nichtangefallene Erbschaft ungültig;
c) es sei Uebertruff über die Hälfte (læsio enormis) vorhanden.

Obergerichtlich wurde die Klägerin mit ihrem Begehren abgewiesen.

Motive:

Die Anschauung, es handle sich vorliegend nicht um die Beerbung der Mutter B., sondern um den Nachlaß des Uhrenmachers Jakob W., und auf diesen habe der fragliche Auskaufvertrag keinen Bezug, ist eine unrichtige. Zum Nachlasse des Jakob W. ist Jakob B. lediglich als Erbe seiner Mutter berufen, welche den Tod des Jakob W. erlebte und ihr daheriges Erbrecht gemäß § 380 des b. G.-B. auf ihre Erben übertrug. Da nun Jakob B. durch Erbsauskauf auf jedes Erbrecht gegenüber seinen Eltern verzichtete, sonach als Erbe derselben gar nicht mehr in Betracht fällt, so ist er auch zum Erbe des Jakob W. nicht berufen.

Die Ansicht, es wäre der Auskauf vom 29. Juni 1860 mit Bezug auf den Nachlaß des Jakob W. gemäß § 480 des b. G.-B. als Vertrag um eine noch nicht angefallene Erbschaft ungültig, ist eine offenbar unzutreffende. Erbverträge zwischen Eltern und Kindern sind selbst Verträge um eine noch nicht angefallene Erbschaft, welche aber der Gesetzgeber als solche gemäß § 478 des b. G.-B. als zulässig erklärt. Mit Bezug auf die noch nicht angefallene Verlassenschaft des Jakob W. ist ein Auskaufvertrag freilich nicht abgeschlossen worden; dieselbe bildet nunmehr aber einen Bestandtheil der Verlassenschaft der Mutter B., von welcher sich Jakob B. gültig hat auskaufen lassen.

Digitized by Google

Die Einrede des Uebertruffs über die Hälfte ist nicht zu hören. Erbverträge qualifiziren sich als aleatorische Rechtsgeschäfte (Glückskäufe), auf welche diese Einrede schon nach der Natur der Sache und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen keine Anwendung finden kann. Im gegebenen Falle wäre dieselbe überdem verjährt.

(O.-G., 10. Februar 1882, Nr. VII.)

6. Zur Frage der Haftbarkeit des Gemeinderathes als Waisenbehörde für das Vermögen der unter der väterlichen Gewalt stehenden minderjährigen Kinder (§ 73 des b. G.-B.).

Josef und Nina V., Kinder des Peter V. und der Katharina D. sel. von E., belangen den Gemeinderath von E. um Herausgabe eventuell Ersatz des mütterlichen Guthabens und stützen ihr Begehren im Wesentlichen auf folgende beklagtischerseits zugegebene faktische Anbringen:

1. Laut von Gemeinderath K. abgelegter Rechnung vom 28. Januar 1857 habe ihre Mutter von väterlicher Seite 2276 Fr. 83 Ct. ererbt. Im Jahre 1860 seien ihr (der Mutter) von mütterlicher Seite zugefallen 649 Fr. 41 Ct.

Das mütterlicherseits vererbte Guthaben betrage somit 3126 Fr. 24 Ct.

2. Der Gemeinderath von E. bevollmächtigte den Vater Peter V., dieses Guthaben zur Hand zu beziehen, und zwar, wie sich in der Folge ergeben, gestützt auf bezügliche Einwilligungen seiner Ehefrau. Derselbe bezog auch das Guthaben und quittirte hiefür.

3. Am 25. März 1861 starb Frau V., geb. D., während deren Kinder im Alter von 4, 3 und 2 Jahren stunden.

4. Gleichwohl wurde das mütterliche Vermögen in Händen des Vaters Peter V. belassen und that der beklagte Gemeinderath keine Schritte zur Sicherstellung desselben, obwohl Peter V. mittlerweilen wiederholt neuerdings sich verehelichte und der Gemeinderath ihm im Jahre 1865 eine Heirathsbewilligung ausgestellt hatte, und somit auch von dem erfolgten Ableben seiner früheren Ehefrau K. D. Kenntniß haben mußte.

5. Im Jahre 1877 gerieth Peter V., Vater, in Konkurs. Hiebei machten die Kinder V. ihr mütterliches Erbe als Forderung geltend unter Regreßnahme auf den beklagten Gemeinderath, von welchem nunmehr Seitens der mittlerweile volljährig gewordenen

Digitized by Google

Kinder V. Ersatz jenes Erbguthabens im Betrage von 3126 Fr. 29 Ct. verlangt wird.

Obergerichtlich wurde dieser Betrag den Klägern zuerkennt.

Motive:

Mit Ableben der Frau V., geb. D., konnten die früheren Willenserklärungen derselben für die Vormundschaftsbehörde hinsichtlich der Obsorge für ihr eigenthümliches Guthaben selbstverständlich nicht mehr maßgebend sein, denn nunmehr waren die Kinder V. Eigenthümer des Guthabens geworden, und für das Verhalten des Gemeinderathes mußten von da ab die gesetzlichen Bestimmungen über die Behandlung des Vermögens von unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen Platz greifen. Diesfalls bestimmt nun der § 73 des b. G.-B.: „Die Waisenbehörde hat ebenfalls dafür zu sorgen, daß, sowie der Vater den Besitz des Vermögens seiner Kinder erlangt, ein Verzeichniß darüber aufgenommen, und angemessene Sicherheit dafür geleistet werde, in welcher Hinsicht er von ihr zur Einlegung des Kapitalgutes in die Depositalkasse angehalten werden kann." Aus dem Wortlaute dieser Bestimmung ergeben sich folgende Grundsätze:

a) Das Gesetz verlangt allgemein, und ohne eine Ausnahme zu machen, daß der Gemeinderath für Sicherung des eigenthümlichen Vermögens von unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern Sorge trage. Freilich verlangt das Gesetz nicht, daß das Kapitalgut nothwendig in die Depositalkasse eingelegt werden müsse, es kann daher wohl auch eine andere Sicherung vom Gemeinderathe angenommen werden, wie Realkaution außer der Depositalkasse, Personalbürgschaft Dritter ꝛc.

b) Dagegen ist unzutreffend, wenn Seitens der ersten Instanz im Anschlusse an die daherige Ansicht des Beklagten ausgesprochen wird, es können vom Gemeinderathe auch die günstigen Verhältnisse und der persönliche Kredit des Vaters als genügende Sicherheit angesehen und demgemäß von einer weitern Sicherung abgesehen werden. Das Gesetz verlangt in jedem Falle Sicherheitsleistung. Der eigene Kredit oder Vermögensbesitz des Schuldners kann aber offenbar keine Sicherung im rechtlichen Sinne des Wortes bilden; denn Niemand kann eine Verpflichtung durch sich selbst sichern. Mit Bezug auf den letztern Satz bleibt es daher vorliegend gleichgültig, was der Gemeinderath von E. über die Solvenz des Vaters Peter V. in diesem oder jenem Zeitpunkte halten mochte und sind somit die bezüglichen beidseitigen Parteianbringen nicht weiter zu prüfen.

Digitized by Google

Es ist nun unbestritten, daß der beklagte Gemeinderath nie Anstalten zur Sicherung des klägerschen Erbgutes getroffen hat. Es ist nicht einmal ersichtlich, daß derselbe diese Angelegenheit jemals in Berathung gezogen und darüber so oder anders Beschlüsse gefaßt hätte. Der Umstand, ob der Gemeinderath davon Kenntniß hatte, daß die verstorbene Frau B., geb. D., Kinder hinterlassen oder aber nicht, bleibt hiebei gleichgültig, denn, nachdem er wissen mußte, daß dieselbe eigenthümliches Vermögen besessen, wäre es jedenfalls seine Pflicht gewesen, zumal bei Ausstellung einer neuen Heirathsbewilligung an Vater Peter B., sich diesfalls zu erkundigen.

Gemäß § 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 10. Herbstmonat 1842 sind alle Behörden und Beamte zur unparteilichen, beflissenen, gesetzmäßigen und treuen Verwaltung des ihnen übertragenen Amtes verpflichtet und dafür verantwortlich. Da nun dem beklagten Gemeinderathe nach Maßgabe des Gesagten eine Vernachlässigung einer ihm obliegenden Pflicht zur Last fällt, so hat derselbe für den daherigen Schaden aufzukommen.

(Obergericht, 15. März 1882. Nr. I.)

7. Die Erlöschungsart durch confusio bei liegenden Ansprachen. Die Förmlichkeiten, welche der § 70, Abs. 2, des Handänderungs- und Hypothekargesetzes vorschreibt, beziehen sich nur auf freiwillige Uebertragungen, nicht aber auf solche von Gesetzeswegen. Zur Frage der Legitimation zur Sache in passiver Hinsicht.

Mauriz H. verkaufte unterm 4. Oktober 1864 seinen Antheil an der Liegenschaft M. an Anton B. Aus diesem Liegenschaftskaufe resultirte eine Kaufrestanz von Fr. 5358 52 Ct. Der betreffende Kaufzahlungsbrief im angegebenen Betrage wurde unterm 6. April 1865 vom Verkäufer dem Jakob H. abgetreten. Nach dem auf dem fraglichen Zahlungsbriefe stehenden Transfixe wurde in der Folge die betreffende Kaufrestanz bis auf den Betrag von 729 Fr. 26 Ct. abbezahlt. Dieser Betrag von 729 Fr. 26 Ct. wurde von der nachherigen Besitzerin des Unterpfandes an Frau B. abbezahlt, in Folge dessen derselben der betreffende Kaufzahlungsbrief ausgehändigt wurde. Von der Frau B. wurde laut der im Kaufzahlungsbrief stehenden Abtretung diese Zahlung von 729 Fr. 26 Ct. an Jakob H. cedirt. Am Konkurse der Unterpfandbesitzerin Frau Agatha Z., welche die betreffende Liegenschaft von einer

Digitized by Google

Frau A. und diese wieder von Frau B. käuflich erworben hat, macht nun Jakob H. in dritter Klasse des Liegenden seine Ansprache aus dem Kaufzahlungsbriefe im Betrage von 729 Fr. 26 Ct. nebst Zinsen pro 1879 und 1880 und Markzins geltend.

Ein Kreditor, Gemeindeschreiber W., bestritt das von Jakob H. auf der Konkursliegenschaft für die in Rede stehende restanzliche Kaufzahlung beanspruchte Pfandrecht, indem er im Wesentlichen geltend macht:

a) Der zufolge allmäliger Abzahlung auf den Betrag von 729 Fr. 26 Ct. transfixirte Kaufzahlungsbrief sei an die Rechtsvorgängerin des Klägers, Frau B., Seitens des frühern Ansprechers Joseph H. nicht abgetreten worden, sondern sei diese auf Grund der Thatsache in den Besitz des Titels gelangt, daß sie als Besitzerin des Unterpfandes die restanzliche Schuld an den Ansprecher abbezahlt hatte. Hiemit, resp. durch Vereinigung von Schuld und Ansprache in derselben Person, sei aber die Schuld erloschen und Frau B. zur Weiterbegebung des Instrumentes nicht mehr befugt gewesen.

b) Zudem fehle für den Uebergang des Titels von Seite des Joseph H. an Frau B.-H. die in § 70, Abs. 2, des Hypothekar- und Handänderungsgesetzes vorgeschriebene Förmlichkeit.

Obergerichtlich wurde erkennt:

Kläger sei bei seiner Konkurseingabe zu beschützen und der Beklagte mit seiner diesfälligen Bestreitung abgewiesen.

Motive:

Was nun die erstere Einwendung betrifft, welche ad litt. a. erhoben, so pflichtet der hierseitige Richter den daherigen Ausführungen der ersten Instanz bei.

Gemäß § 370 des b. G.-B. muß bei unbeweglichen Pfandsachen (Liegenschaften) die Erlöschung des Pfandrechtes in die öffentlichen Bücher eingetragen werden. Und gemäß § 772 eod. erlöschen Gülten und gültenmäßig ausgefertigte Instrumente durch die bloße Vereinigung der Schuld und Ansprache in einer Person nicht.

Im gegebenen Falle ist die Abzahlung der in Rede stehenden restanzlichen Kaufzahlung weder im Instrumente selbst eingetragen noch auch in den öffentlichen Büchern davon Vormerkung gemacht worden. Der fragliche Kaufzahlungsbrief wurde denn auch sowohl beim Liegenschaftskaufe zwischen Frau B.-H. als Verkäuferin

Digitized by Google

und Frau A.-Sch. als Käuferin, wie auch bei dem Kaufe zwischen der Letztern als Verkäuferin und Frau Agatha Z.-Sch. als Käuferin als liegende Ansprache vorgestellt. Wenn sonach der in Rede stehende Kaufzahlungsbrief, so lange die noch ausstehende Zahlung nicht von Gesetzeswegen das liegende Pfandrecht verlor, d. h. in's Fahrende überging, fortwährend als liegende Schuld auf dem Unterpfande haftete, so stund auch Nichts entgegen, daß derselbe von Frau B., welche mittlerweile die Liegenschaft verkauft hatte, wieder in Umlauf gesetzt werden konnte.

2. Der Umstand, daß der Zahlungsbrief von Seite des frühern Ansprechers Joseph H. nicht unter den in Abs. 2 des § 70 des Hypothekar- und Handänderungsgesetzes vorgeschriebenen Förmlichkeiten, nach welchen bei jeder Handänderung die Abtretung in den Forderungstitel (Kaufzahlungsbrief) selbst eingetragen und amtlich beglaubigt sein muß, an die Rechtsvorgängerin des Klägers, Frau B., übergeben wurde, ist vorliegend ohne Bedeutung.

Wie der Beklagte selbst geltend macht, wurde der Zahlungsbrief an Frau B. nicht „abgetreten," d. h. nicht auf Grund eines zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vertrages an dieselbe übergeben, sondern hatte Frau B.-H. als Schuldnerin den Titel eingelöst, worauf ihr derselbe vom Ansprecher unmittelbar von Gesetzeswegen behändiget werden mußte. Nach dem Wortlaute des citirten § 70, Abs. 2, wonach bei jeder „Handänderung ... die Abtretung in den Forderungstitel selbst eingetragen und amtlich beglaubiget sein" muß, kann sich aber die hiemit vorgeschriebene Förmlichkeit nur auf freiwillige Uebertragungen, nicht aber auf solche von Gesetzeswegen (cessio necessaria) beziehen, auf welch' letztern weder der Begriff „Handänderung," wie derselbe im § 1 desselben Gesetzes näher definirt ist, noch weniger der Begriff der „Abtretung" zutrifft.

Es leuchtet zudem ein, daß, wenn der Beklagte die Abtretung des Zahlungsbriefes von Seite des Joseph H. an Frau B. aus diesem Gesichtspunkte ansicht, er sich hiebei auf das Recht eines Dritten beruft und daher hiezu nicht legitimirt ist. Denn nur der frühere Ansprecher Joseph H. wäre befugt, die Abtretung von seiner Seite als eine rechtsungültige anzufechten. Nachdem dieses aber nicht geschehen und die Ansprache selbst im Konkurse über das Unterpfand von Niemand anders als dem gegenwärtigen Kläger angemeldet worden ist, kann es dem Beklagten nicht zukommen, die Abtretung an die Rechtsvorgängerin des Klägers, Frau B., geb. H., aus dem erwähnten Gesichtspunkte anzufechten.

(O.-G., 28. März 1882, Nr. II.)

Digitized by Google

8. Fester Kauf oder Kauf auf Probe. Zeugenaussagen über die Beschaffenheit eines Kaufsobjectes.

Jos. G. belangt den Moriz L. um Bezahlung des Kaufpreises für ein dem letztern kaufsweise übergebenes Billard. Der Beklagte verweigert die Bezahlung des Kaufpreises, indem er geltend macht, es sei in dieser Angelegenheit zwischen den Parteien kein fester Kauf, sondern bloß ein Kauf auf Probe abgeschlossen worden, und er sei daher, nachdem das Kaufsobjekt sich als unbrauchbar erwiesen, auch nicht gehalten, dasselbe anzunehmen und den bedungenen Kaufpreis hierfür zu bezahlen.

Wie sich aus den Rechtsschriften und der Beweisverhandlung ergibt, fand nach der Lieferung des fraglichen Billards, beziehungsweise unterm 23. Juni 1881, als dasselbe unter persönlicher Mitwirkung des Klägers im Wohnorte des Beklagten aufgestellt wurde, unter den Litiganten neuerdings betreffend dieses Geschäft eine Verhandlung statt. Aus den daherigen Zeugenaussagen resultirt, daß bei diesem Anlasse der Beklagte zu Kläger gesagt, er werde das Billard behalten, sofern es sich als gut erweise, worauf der Kläger erklärt habe, wenn das Billard nicht gut sei, so nehme er dasselbe zurück.

Obergerichtlich wurde Kläger mit seiner Forderung abgewiesen.

Motive:

Es ist freilich nicht zutreffend, wenn der Beklagte aus der Unterredung vom 23. Juni 1881 auf einen Kauf auf Probe schließen will. Denn dieses setzt begrifflich voraus, daß die Perfektion des Rechtsgeschäftes lediglich dem subjektiven Ermessen des Käufers anheimgegeben wird; vorliegend aber wurde diese Perfektion an die eine objektive Voraussetzung geknüpft, daß das Billard sich als „gut" erweise. Immerhin geht aus den angeführten Zeugenaussagen hervor, daß der Beklagte das Billard nur unter dieser Bedingung, d. h. nur unter der Voraussetzung, daß dasselbe sich als gut erweise, zu kaufen erklärte und Kläger hiemit einverstanden war (nach Zeuge M. und B.) oder wenigstens ausdrücklich versicherte, es sei diese Voraussetzung vorhanden (nach Zeuge K.).

Abgesehen nun davon, ob Kläger, welcher auf Leistung des Kaufpreises klagt, nicht seinerseits beweisen müsse, daß er selbst vertragsgemäß erfüllt habe, d. h. ob nicht den Kläger die Beweis-

Digitized by Google

last für die Güte des Kaufsobjektes treffe, ist von Seite des Beklagten der Beweis hinlänglich erstellt, daß das Billard nicht nur nicht gut, sondern „schlecht", und „nicht brauchbar" war.

Die Einwendungen, welche von klägerischer Seite gegen die Beweistüchtigkeit dieser Zeugenaussagen erhoben worden, sind unbegründet. Allerdings stellt sich die Frage über die Qualität des Kaufsobjektes zunächst als eine fachmännische dar und wäre insoweit Gegenstand eines Expertenbeweises. Allein, wie hierseits wiederholt ausgesprochen wurde, ist auch in solchen Fällen, sofern immerhin zur Konstatirung des Thatbestandes nicht schlechterdings spezifische wissenschaftliche oder berufliche Kenntnisse erforderlich sind, der Zeugenbeweis nicht unbedingt ausgeschlossen, und muß sich der Richter vorbehalten, solche Zeugenaussagen nach Gestalt der Sache und nach der Urtheilsfähigkeit des Deponenten zu würdigen. Im gegebenen Falle ist zudem das Urtheil der Zeugen ein durchweg übereinstimmendes und wird von denselben auch übereinstimmend motivirt, resp. werden die Fehler des Billard, welche dasselbe unbrauchbar machen, angeführt.

(O.-G. den 16. Mai 1882, Nr. 4.)

9. Formalität bei Handzeichen in Urkunden.

Die Konkursmasse des Peter R. beansprucht an der Stelle des Letztern den Zutritt zum Nachlasse des Vaters Jost R. sel. und verlangt demgemäß Ausfolgung des auf den Konkursiten fallenden Erbbetreffnisses.

Die Erben des Jost R. sel. bestreiten der Konkursmasse des Miterben P. R. diesen Zutritt, indem sie sich auf einen Auskauf vom 6. August 1877 berufen, wonach der Erblasser, Vater R., seinen Sohn Peter R. von dem Vermögen, das der Auskäufer einst seinen Kindern hinterlassen würde, für sofort erlegte **Fr. 1000** auskaufte. Die klägerische Konkursmasse des Peter R. anerkennt jedoch den fraglichen Auskaufvertrag nicht, indem sie u. A. in formeller Hinsicht geltend macht, es sei das Handzeichen des des Schreibens unkundigen Auskäufers nicht gehörig, resp. nicht der Vorschrift des § 533 des b. G.-B. konform beglaubigt worden.

Obergerichtlich wurde diese letztere Einwendung der Klägerschaft begründet befunden.

Motive:

Allerdings ist es unzutreffend, wenn die erste Instanz von der

Digitized by Google

Ansicht ausgeht, die Nichtbeachtung des § 533 des b. G.-B. begründe ohne Weiteres die Ungültigkeit des betreffenden Aktes, indem die fragliche Vorschrift strikte laute und keine Ausnahme zulasse. Dem gegenüber hat die obergerichtliche Praxis in Entscheiden vom 22. Februar 1866 und 5. April 1866 wiederholt die Ansicht ausgesprochen, es sei die angeführte Vorschrift keineswegs als eine die Gültigkeit des Vertrages absolut bedingende Solennitätsform aufzufassen, sondern seien die Zeugen, deren Zuziehung vorgeschrieben wird, als bloße Beweiszeugen aufzufassen. Daraus folgt, daß einmal ein daheriger Mangel vom Richter nur dann berücksichtigt werden kann und muß, wenn die Aechtheit des Handzeichens bestritten ist, und daß ferner der Beweis für die Aechtheit auch in anderer, immerhin zureichender Weise erbracht werden kann. Im gegebenen Falle ist die Aechtheit des Handzeichens des Auskäufers Vater R. von Seite der Klägerschaft bestritten, resp. nicht anerkannt worden. Es fragt sich daher, ob ein zureichender Beweis für die bestrittene Aechtheit vorliege. Diese Frage ist zu verneinen. Die Aechtheit des Handzeichens wird auf dem Akte nur von einem Zeugen (Gemeindeschreiber M.) bezeugt. Es ist auch dieses Zeugniß offenbar nicht als eine amtliche Beglaubigung, sondern als ein einfaches Privatzeugniß aufzufassen; hiefür spricht einmal die Form des Zeugnisses („Zeugen dessen Gemeindeschreiber M....") und sodann der Umstand, daß der Unterschrift des Zeugen der amtliche Timber nicht beigesetzt ist. Wenn nun auch dem Gesagten gemäß die Unterschrift zweier Zeugen nicht schlechterdings erforderlich ist, sondern mit Rücksicht auf § 158 des C.-R.-V. auch das Zeugniß eines klassischen Zeugen in Verbindung mit unterstützenden Momenten genügen kann, so müßten im gegebenen Falle neben dem Zeugnisse des Gemeindeschreibers M. immerhin solche unterstützende Momente vorliegen. Solche sind aber von der Beklagtschaft nicht erheblich gemacht worden.

(C.-G., 5. Juni 1882, III.)

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des schweiz. Bundesgerichts.

1. Wirthschaftskonzession begründet ein Realgewerberecht. Entschädigungspflicht des Fiskus nach Spezial-Gesetz.

Urtheil des schweiz. Bundesgerichts vom 17. Februar 1883.

In Sachen des Ulrich Haldimann, Wirth „zum rothen Thurm" in Signau, Kläger, vertreten durch den Advokaten Dr. P. Lindt in Bern, gegen den Fiskus des Kantons Bern, Beklagten, vertreten durch den Advokaten R. Brunner in Bern, betreffend Schadensersatz für Aufhebung einer Wirthschaftsberechtigung, haben sich aus den Akten folgende Thatsachen ergeben:

A. Im Jahre 1534 verkauften Schultheiß und Rath zu Bern dem Christian Zehnder um den Preis von 750 Pfund Pfennige „unsere Tavernen zu Signauw sampt der Matten dazu gehörig"; in dem betreffenden Kaufakte vom letzten Juli 1534 wird von Schultheiß und Rath zu Bern über den Kaufpreis quittirt und sodann bemerkt:

(wir) „entzüchend uns jetzt gemelter Tavernen und setzend in „(den Käufer) deren in rüwig besäß, die inzehaben, ze besitzen, „nutzen und nießen nach Tavernen Recht, doch mit dem Geding „und Vorbehalt, daß er sin Erbeu und Nachkommen Inhaber der„selbigen, uns und unsern Nachkommen davon jährlichen uf Sant „Andres Tag zu rechtem Tavernen-Gält und Boden-Zins zu „unsers Vogt in Signauw Handen, der je zu Zyten in unserm „Namen da sin wirt, währen und bezahlen söllind einen Guldin „unserer Währung. Gelobende inne, sin Erben und Nachkhommen „und die, so von ime dieß halb Titel und Recht haben werden, „by söllichem Khauf ze Handhaben, darumb gut Währschaft ze „tragen, so dick die Notturft das erhäuschet, Alles ufrecht und one „Gevärd." Die verkaufte Taverne (im sog. rothen Thurm) war von Schultheiß und Rath zu Bern im Jahre 1529 mit der Herrschaft Signau durch Kauf von Ludwig v. Dießbach erworben worden und scheint zuerst im Jahre 1517 errichtet worden zu sein, da (nach dem Gutachten des bernischen Staatsarchivariates vom 14. November 1876 über die konzessionirten Wirthschaften) am 15. März 1517 Wilhelm von Dießbach, Herr zu Signau, den

Digitized by Google

Seinen daselbst auf ihren Wunsch zusagte, einen Wirth in sein Haus zu Signau zu setzen, wogegen sich die Leute vom Gericht und der Kirchhöre verpflichteten, „in dem Dorf Signau kheinen „Wirth zu han, dann in meinem Hus, noch kheinen Win zu „schenken im Dorf", während anscheinend früher den Twinangehörigen von Signau das Wirthen gegen eine Abgabe an den Grundherrn freigegeben war (das angeführte Gutachten S. 9 und 10).

B. Durch Kaufvertrag vom 6. Juni und 14. Juli 1865 hat der gegenwärtige Kläger Ulrich Haldimann die fragliche Gastwirthschaft zum rothen Thurm im Dorf Signau „mit dazu gehörendem Tavernenrecht und Metzgerrecht," welches bis dahin mehrfach und zwar immer mit dem Tavernenrechte Hand geändert hatte, um den Preis von Fr. 74,000 erworben. Unter den „Rechten und Beschwerden" des Kaufgegenstandes wird in dem Kaufvertrage angeführt: „gegenwärtig werde darab entrichtet: Bodenzins von dem Tavernenrecht alle Jahre Bz. $7^1/_2$ alte oder Fr. 1. 09 neue Währung." Ein vom Kläger am 18. April 1878 mit seinen Söhnen abgeschlossener Abtretungsvertrag auf den Todesfall über die genannte Besitzung fällt nach einer im mündlichen Vortrage abgegebenen Erklärung des klägerischen Anwalts außer Betracht, und es mag daher daraus nur hervorgehoben werden, daß in demselben dem „mit der Wirthschaft zum Thurm verbundenen Konzessionsrechte" ein Werth von 12,000 Fr. beigelegt wird.

C. Durch ein vom Volke des Kantons Bern am 4. Mai 1879 angenommenes Gesetz „über das Wirthschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken" wurde angeordnet (§ 13 desselben), daß „die bisher auf Grund von Konzessionen, Titeln und „unvordenklichem Herkommen ausgeübten Wirthschaften vom In„krafttreten dieses Gesetzes hinweg, allen Bestimmungen desselben „unterliegen;" nach dieser Gesetzesbestimmung werden die Inhaber derartiger alter Wirthschaftsrechte namentlich verpflichtet, wenn sie ihr Wirthschaftsgewerbe fortbetreiben wollen, wie alle andern Wirthe ein nur auf Zeit (4 Jahre) ertheiltes Patent nachzusuchen resp. zu lösen, und werden sie allen polizeilichen Bestimmungen des Gesetzes, sowie der gesetzlichen Patentgebühr (an Stelle der früheren titelmäßigen oder herkömmlichen auf ihren Wirthschaftsrechten ruhenden Leistungen) unterworfen. Durch § 13 des citirten Gesetzes wird ihnen indeß „für die Aufhebung der genossenen Vortheile aus Billigkeitsgründen eine Vergütung" in der im Gesetze (§ 13 cit.) näher normirten Weise in Aussicht gestellt. Im Ferneren wird in § 14 des cit. Gesetzes bestimmt: „den-

Digitized by Google

„jenigen Inhabern von den in § 13 genannten Wirthschaften, „welche gegenüber dem Staate für die durch dieses Gesetz ent„zogenen Vortheile einen Rechtsanspruch auf Entschädigung zu „haben vermeinen und sich dem in § 13 vorgesehenen Verfahren „nicht unterziehen wollen, steht der ordentliche Rechtsweg offen."

D. Ein gegen dieses Gesetz von einer Mehrzahl von Inhabern alter Wirthschaftsrechte, worunter auch der Kläger, ergriffener staatsrechtlicher Rekurs an das Bundesgericht wurde von diesem durch Entscheid vom 13. März 1880 (s. denselben: amtliche Sammlung Bd. VI S. 98 ff.) abgewiesen. Nunmehr trat Ulrich Haldimann, welcher sich dem in § 13 leg. cit. normirten Billigkeitsverfahren nicht unterwarf, mit einer zunächst bei den kantonalen Gerichten angebrachten (auf Antrag des beklagten Fiskus indeß an das Bundesgericht verwiesenen) Civilklage gegen den Staat Bern auf, in welcher er folgende Anträge stellt:

1. „Der Staat Bern sei zu verurtheilen, dem Kläger allen „Schaden zu vergüten, der ihm durch die Entziehung des „zu seiner Gastwirthschaft zum rothen Thurm in Signau „gehörenden Tavernenrechts zugefügt wird.
2. „Es sei die dem Kläger von daher zustehende Schaden„ersatzforderung gerichtlich zu bestimmen;
   „Alles unter Kostenfolge".

Den Betrag des ihm erwachsenen und zu ersetzenden Schadens beziffert Kläger auf 12,000 Fr. sammt Zins à 5% seit 1. Juli 1879.

Der beklagte Fiskus des Kantons Bern beantragt: Herr Haldimann sei mit seinem Klagsbegehren abzuweisen „unter „Kostenfolge, eventuell sei die geforderte Entschädigung herab„zusetzen."

E. Zur Begründung der gestellten Rechtsbegehren werden von beiden Parteien in den gewechselten Rechtsschriften zunächst in grundsätzlicher Richtung, d. h. rücksichtlich der Frage, ob die alten Wirthschaftsrechte überhaupt als wohlerworbene Privatrechte betrachtet werden können und bis zu dem Gesetze vom 4. Mai 1879 als solche bestanden haben, im allgemeinen die nämlichen Argumente ausgeführt, welche bereits in der staatsrechtlichen, durch durch die Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. März 1880 erledigten Sache geltend gemacht wurden, und welche in der genannten Entscheidung fact. B—E resümirt sind. Während also der Kläger in ausführlicher geschichtlicher Entwicklung zu zeigen sucht, daß die fraglichen alten Wirthschaftsrechte als Privatrechte begründet, und als solche von der bernischen Gesetzgebung bis zum Gesetze vom 4. Mai 1879 stets anerkannt worden seien, führt

Digitized by Google

der Beklagte im Gegentheil aus, daß die erwähnten Berechtigungen auf öffentlich-rechtlicher Bewilligung eines bestimmten Gewerbebetriebes, die der Staat als solcher, resp. früher der Grundherr ertheilt habe, beruhen, und daß durch dieselben ein Privatrecht gegenüber dem Staate, wodurch dieser verhindert wäre, die gesetzlichen Normen über Ausübung und Besteuerung des Wirthschaftsgewerbes zu ändern und diesen Aenderungen auch die alten Wirthschaftsberechtigungen zu unterwerfen, nicht begründet worden sei und nicht habe begründet werden können; jedenfalls aber seien die alten Wirthschaftsrechte, seitdem ihnen die Gesetzgebung der 30er Jahre ihren wesentlichen Inhalt durch Aufhebung der damit verbundenen Bann- und Ausschlußrechte gegenüber nicht konzessionirten Wirthschaften infolge Einführung des Patentsystems entzogen habe, nicht mehr privatrechtlicher Natur, da seither an dieselben sich nur gewisse steuerrechtliche und polizeiliche Vortheile geknüpft haben, welche gar nicht den Gegenstand eines Privatrechtes bilden können. Noch klarer sei, daß jedenfalls, seitdem mit der Bundesverfassung von 1874 die volle Gewerbefreiheit auch auf dem Gebiete des Wirthschaftswesens eingeführt worden sei, die alten Wirthschaftsrechte nicht mehr bestehen können. Mit Bezug auf den konkreten Fall wird vom Kläger namentlich darauf hingewiesen, daß es sich hier um ein auf einen privatrechtlichen Titel, einen Vertrag mit dem Staate, begründetes Gewerberecht handelt, daß der Staat in dem betreffenden Vertrage in ausdrücklichster und umfassendster Weise Gewähr versprochen habe, und daß das betreffende Wirthschaftsrecht früher bei allen vorgekommenen Revisionen der Wirthschaftsgerechtigkeiten im Kanton vom Staate stets anerkannt worden sei. Der Beklagte dagegen macht geltend, daß der zwischen dem Staats-Fiskus und dem Vorbesitzer des Klägers im Jahre 1534 abgeschlossene Vertrag unmöglich den Entstehungsgrund des vom Kläger beanspruchten steuerrechtlichen und polizeilichen Privilegiums, welches nur durch einen seiner Natur nach stets widerruflichen Akt der Staatshoheit habe ertheilt werden können, zu bilden vermöge, und daß das Gewährleistungsversprechen des Staats-Fiskus sich nicht auf staatshoheitliche, vom Staate als Gesetzgeber vorgenommene Akte beziehe, übrigens auch keineswegs dahin gehe, daß der Staat seine Wirthschaftsgesetzgebung nicht ändern, z. B. das Wirthschaftsgewerbe nicht höher besteuern wolle u. dgl., sondern bloß die Ausübung der Wirthschaftsberechtigung nach Tavernenrecht, d. h. nach der jeweilen hierüber bestehenden Gesetzgebung gewährleiste. Es könne in dieser Richtung auch auf die Judikatur deutscher Gerichtshöfe in ähnlichen Fällen (Seuffert's Archiv II Nr. 123 und

Digitized by Google

„jenigen Inhabern von den in § 13 genannten Wirthschaften, „welche gegenüber dem Staate für die durch dieses Gesetz ent„zogenen Vortheile einen Rechtsanspruch auf Entschädigung zu „haben vermeinen und sich dem in § 13 vorgesehenen Verfahren „nicht unterziehen wollen, steht der ordentliche Rechtsweg offen."

D. Ein gegen dieses Gesetz von einer Mehrzahl von Inhabern alter Wirthschaftsrechte, worunter auch der Kläger, ergriffener staatsrechtlicher Rekurs an das Bundesgericht wurde von diesem durch Entscheid vom 13. März 1880 (s. denselben: amtliche Sammlung Bd. VI S. 98 ff.) abgewiesen. Nunmehr trat Ulrich Haldimann, welcher sich dem in § 13 leg. cit. normirten Billigkeitsverfahren nicht unterwarf, mit einer zunächst bei den kantonalen Gerichten angebrachten (auf Antrag des beklagten Fiskus indeß an das Bundesgericht verwiesenen) Civilklage gegen den Staat Bern auf, in welcher er folgende Anträge stellt:

1. „Der Staat Bern sei zu verurtheilen, dem Kläger allen „Schaden zu vergüten, der ihm durch die Entziehung des „zu seiner Gastwirthschaft zum rothen Thurm in Signau „gehörenden Tavernenrechts zugefügt wird.
2. „Es sei die dem Kläger von daher zustehende Schaden„ersatzforderung gerichtlich zu bestimmen;

„Alles unter Kostenfolge".

Den Betrag des ihm erwachsenen und zu ersetzenden Schadens beziffert Kläger auf 12,000 Fr. sammt Zins à 5% seit 1. Juli 1879.

Der beklagte Fiskus des Kantons Bern beantragt: Herr Haldimann sei mit seinem Klagsbegehren abzuweisen „unter „Kostenfolge, eventuell sei die geforderte Entschädigung herab„zusetzen."

E. Zur Begründung der gestellten Rechtsbegehren werden von beiden Parteien in den gewechselten Rechtsschriften zunächst in grundsätzlicher Richtung, d. h. rücksichtlich der Frage, ob die alten Wirthschaftsrechte überhaupt als wohlerworbene Privatrechte betrachtet werden können und bis zu dem Gesetze vom 4. Mai 1879 als solche bestanden haben, im allgemeinen die nämlichen Argumente ausgeführt, welche bereits in der staatsrechtlichen, durch durch die Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. März 1880 erledigten Sache geltend gemacht wurden, und welche in der genannten Entscheidung fact. B—E resümirt sind. Während also der Kläger in ausführlicher geschichtlicher Entwicklung zu zeigen sucht, daß die fraglichen alten Wirthschaftsrechte als Privatrechte begründet, und als solche von der bernischen Gesetzgebung bis zum Gesetze vom 4. Mai 1879 stets anerkannt worden seien, führt

Digitized by Google

der Beklagte im Gegentheil aus, daß die erwähnten Berechtigungen auf öffentlich-rechtlicher Bewilligung eines bestimmten Gewerbebetriebes, die der Staat als solcher, resp. früher der Grundherr ertheilt habe, beruhen, und daß durch dieselben ein Privatrecht gegenüber dem Staate, wodurch dieser verhindert wäre, die gesetzlichen Normen über Ausübung und Besteuerung des Wirthschaftsgewerbes zu ändern und diesen Aenderungen auch die alten Wirthschaftsberechtigungen zu unterwerfen, nicht begründet worden sei und nicht habe begründet werden können; jedenfalls aber seien die alten Wirthschaftsrechte, seitdem ihnen die Gesetzgebung der 30er Jahre ihren wesentlichen Inhalt durch Aufhebung der damit verbundenen Bann- und Ausschlußrechte gegenüber nicht konzessionirten Wirthschaften infolge Einführung des Patentsystems entzogen habe, nicht mehr privatrechtlicher Natur, da seither an dieselben sich nur gewisse steuerrechtliche und polizeiliche Vortheile geknüpft haben, welche gar nicht den Gegenstand eines Privatrechtes bilden können. Noch klarer sei, daß jedenfalls, seitdem mit der Bundesverfassung von 1874 die volle Gewerbefreiheit auch auf dem Gebiete des Wirthschaftswesens eingeführt worden sei, die alten Wirthschaftsrechte nicht mehr bestehen können. Mit Bezug auf den konkreten Fall wird vom Kläger namentlich darauf hingewiesen, daß es sich hier um ein auf einen privatrechtlichen Titel, einen Vertrag mit dem Staate, begründetes Gewerberecht handelt, daß der Staat in dem betreffenden Vertrage in ausdrücklichster und umfassendster Weise Gewähr versprochen habe, und daß das betreffende Wirthschaftsrecht früher bei allen vorgekommenen Revisionen der Wirthschaftsgerechtigkeiten im Kanton vom Staate stets anerkannt worden sei. Der Beklagte dagegen macht geltend, daß der zwischen dem Staats-Fiskus und dem Vorbesitzer des Klägers im Jahre 1534 abgeschlossene Vertrag unmöglich den Entstehungsgrund des vom Kläger beanspruchten steuerrechtlichen und polizeilichen Privilegiums, welches nur durch einen seiner Natur nach stets widerruflichen Akt der Staatshoheit habe ertheilt werden können, zu bilden vermöge, und daß das Gewährleistungsversprechen des Staats-Fiskus sich nicht auf staatshoheitliche, vom Staate als Gesetzgeber vorgenommene Akte beziehe, übrigens auch keineswegs dahin gehe, daß der Staat seine Wirthschaftsgesetzgebung nicht ändern, z. B. das Wirthschaftsgewerbe nicht höher besteuern wolle u. dgl., sondern bloß die Ausübung der Wirthschaftsberechtigung nach Tavernenrecht, d. h. nach der jeweilen hierüber bestehenden Gesetzgebung gewährleiste. Es könne in dieser Richtung auch auf die Judikatur deutscher Gerichtshöfe in ähnlichen Fällen (Seuffert's Archiv II Nr. 123 und

Digitized by Google

XIX Nr. 213) Bezug genommen werden. In quantitativer Beziehung führt der Kläger zur Begründung seiner Forderung namentlich an: In der nach dem Gesetze über das Tellwesen vom 14. Juni 1823 in der Gemeinde Signau vorgenommenen Steuerschatzung sei dem Wirthschaftsrecht des Klägers ein Werth von 15,000 Pfd. = 16,304 Fr. beigelegt worden; in den Jahren 1835 und 36 sei die Tellschatzung um 2000 und 1000 Pfd. also auf 12,000 Pfd. = 13,034 Fr. n. W. reduzirt worden; diese Schatzung sei auch bei Anlage der Grundsteuerregister im Jahre 1849 beibehalten worden. Vor dem Gesetze vom 4. Mai 1879 habe Kläger an Auslagen für den Wirthschaftsbetrieb nur (an Einkommenssteuer und vertragsmäßigem Tavernengeld) Fr. 45 zu bestreiten gehabt; infolge der Einführung des erwähnten Gesetzes habe er ein Patent lösen müssen und sei dafür mit einer jährlichen Patentgebühr von 600 Fr. belastet worden, so daß er nun an Patentgebühr und Einkommensteuer jährlich 630 Fr., also 585 Fr. mehr als früher bezahlen müsse, welche Mehrbelastung à $4^1/_2$ % kapitalisirt, ein Kapital von 13,000 Fr. repräsentire. Ferner falle noch in Betracht, daß er früher eine zeitlich unbeschränkte, ein Accessorium des Gasthauses bildende und frei veräußerliche Wirthschaftsberechtigung besessen habe, während nunmehr seine Wirthschaftsberechtigung alle 4 Jahre der obrigkeitlichen Erneuerung unterliege. Der beklagte Fiskus bezeichnet die Entschädigungsforderung des Klägers als stark übertrieben, die vom Kläger angegebenen Tellschatzungen seien ganz willkürlich, offenbar zu dem Zwecke gemacht, dem klägerischen Eigenthum einen hohen Werth beizulegen und können daher in keiner Weise maßgebend sein.

F. Bei der heutigen Verhandlung halten beide Parteien unter erneuter ausführlicher Begründung ihre im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das bernische Gesetz vom 4. Mai 1879 erkennt, indem es die bisher im Kanton bestandenen alten Wirthschaftsrechte aufhebt, zugleich an, daß der Staat für den dadurch den Inhabern entstandenen Schaden insofern ersatzpflichtig sei, als sich die aufgehobenen Wirthschaftsrechte oder einzelne derselben nach richterlicher Entscheidung als erworbene Privatrechte qualifizirten. Dies folgt aus § 14 des Gesetzes, nach welchem denjenigen Inhabern alter Wirthschaftsrechte, welche sich dem gesetzlichen Billigkeitsverfahren nicht unterwerfen wollen, für ihre Ersatzansprüche gegen den Staat der ordentliche Rechtsweg vorbehalten wird. Denn

Digitized by Google

diese Bestimmung hat ja nur dann Sinn und praktischen Werth, wenn der Gesetzgeber dem Richter die Entscheidung, ob in der gesetzlichen Aufhebung der fraglichen Berechtigungen ein Eingriff in wohlerworbene Privatrechte liege, hat anheimgeben und für den Fall richterlicher Bejahung dieser Frage die Entschädigungspflicht des Fiskus anerkennen wollen. Allerdings ergibt sich aus § 13 des Gesetzes, daß der Staat von vornherein das Bestehen einer Entschädigungspflicht vor den Gerichten zu bestreiten gedachte, allein an diese Bestreitung seitens einer Partei sollte der Richter offenbar nicht gebunden werden. Diese Auslegung des Gesetzes ist übrigens von der Regierung des Kantons Bern anläßlich des staatsrechtlichen Rekurses gegen das Gesetz vom 4. Mai 1879 ausdrücklich anerkannt worden und liegt auch der sachbezüglichen Entscheidung des Bundesgerichtes vom 13. März 1880 zu Grunde.

2. Es steht also nicht in Frage, ob eine Entschädigungsforderung gegen den Staat dann mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn durch einen Akt der Gesetzgebung wohlerworbene Vermögensrechte, ohne gleichzeitige Anerkennung einer Entschädigungspflicht des Fiskus beseitigt werden, sondern es handelt sich blos darum, ob infolge des Gesetzes vom 4. Mai 1879 ein wohlerworbenes Recht des Klägers aufgehoben wurde; ist dies zu bejahen, so steht die Entschädigungspflicht des beklagten Fiskus nach dem Gesetze vom 4. Mai 1879 ohne weiteres fest. Demnach ist nicht weiter zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die alten Wirthschaftsrechte selbst wenn bezw. insoweit sie sich als wohlerworbene Privatrechte qualifiziren sollten, ohne Entschädigung hätte beseitigen können; denn jedenfalls hat er eine solche Aufhebung privatrechtlicher Wirthschaftsgerechtigkeiten ohne Entschädigung nicht gewollt. Die vom beklagten Fiskus für sich angerufenen Präcedenzfälle, bei welchen es sich eben um die gesetzliche Aufhebung gewisser Berechtigungen ohne Anerkennung einer Entschädigungspflicht des Fiskus handelte, sind also für die Entscheidung des vorliegenden Falles ohne Bedeutung.

3. Nach dem in seinem geschichtlichen Theile von keiner Partei beanstandeten Gutachten des bernischen Staatsarchivariates galt im Kanton Bern das Recht, das Gastwirthschafts- und Weinschenksgewerbe selbst oder durch Ertheilung bezüglicher Bewilligungen an andere zu betreiben, ursprünglich als ein Bestandtheil der Grundherrschaft, nicht der Landeshoheit. Speziell die hier in Frage stehende Taverne ist unzweifelhaft grundherrlichen Ursprungs. Denn das Haus „zum rothen Thurm" wurde von Schultheiß und Räthen zu Bern mit der Herrschaft Signau, als Bestandtheil derselben, von dem frühern Grundherrn Ludwig von Dießbach

Digitized by Google

durch Kauf erworben und zwar zweifellos als Taverne, in welcher der Grundherr seine von ihm mit dem fraglichen Hause verbundene Wirthschaftsgerechtigkeit ausübte. Als dann im Jahre 1534 Schultheiß und Räthe zu Bern als nunmehriger Gutsherr die Taverne an den Vorbesitzer des Klägers veräußerten, wurde die bisher in dem verkauften Hause ausgeübte Wirthschaftsgerechtigkeit als ein an das Haus geknüpftes und mit ihm veräußerliches Realrecht behandelt und mit ihm veräußert. Dies ergibt sich unzweideutig aus dem ganzen Kontexte des Kaufaktes (s. Fact. A), namentlich auch aus dem Umstande, daß das Gewährleistungsversprechen für das „nutzen und nießen nach Tavernenrecht" nicht nur auf den Käufer „sin Erben und Nachkommen", sondern ausdrücklich auch auf „die so von inen deßhalb Titel und Rechte haben werden", erstreckt wurde, worin gewiß liegt, daß das Tavernenrecht als ein auf die erwähnte Liegenschaft radizirtes und daher auf spätere Erwerber derselben von selbst übergehendes Gewerberecht anerkannt und behandelt wurde. Die streitige Wirthschaftsberechtigung qualifizirte sich also als ein von dem nach der damaligen Rechtsordnung hiezu befugten Subjekte, dem Grundherrn, begründetes Realgewerberecht; derartige Realgewerberechte aber waren ohne Zweifel als private Vermögensrechte und nicht als auf revokabler Bewilligung beruhende Befugnisse öffentlich-rechtlicher Art zu betrachten. Allerdings waren gewiß in der Grundherrschaft nicht nur privatrechtliche, sondern auch, nach heutiger Auffassung, öffentlich-rechtliche Befugnisse enthalten und mag zweifelhaft sein, ob die ausschließliche Berechtigung des Grundherrn, Wirthschaften zu errichten oder deren Errichtung zu bewilligen, auf öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Gesichtspunkte zurückzuführen sei: allein die grundherrlich begründeten realen Wirthschaftsgerechtigkeiten wären auch dann, wenn sie in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Befugniß konstituirt worden sein sollten, privatrechtlicher Natur. Denn es ist ja unzweifelhaft, daß auch durch öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Akte, sofern diese hierauf gerichtet sind, Privatrechte begründet werden können, und die fraglichen Realgewerberechte waren nun eben dazu bestimmt, ein Annex des Grundstückes oder Hauses, auf welches sie radizirt wurden, gleichsam eine Erweiterung des Eigenthums an demselben und somit einen Bestandtheil des Vermögens des jeweiligen Eigenthümers zu bilden, also als Privatrechte zu bestehen. Wenn daher derartige reale Wirthschaftsgerechtigkeiten nicht ausdrücklich auf Widerruf, auf Gefallen u. dgl. hin konstituirt wurden, so unterlagen sie ebensowenig als andere grundherrlich begründete Realgerechtigkeiten (z. B. die Mühlegerechtigkeit einer grundherrlichen

Digitized by Google

Mühle), dem einseitigen Widerruf des Lehns- oder Landesherrn, sondern gingen vielmehr lediglich aus den für Gerechtigkeiten dieser Art im objektiven Rechte anerkannten allgemeinen Aufhebungsgründen subjektiver Rechte unter. Inwiefern, wie der beklagte Fiskus meint, aus dem Bestehen des Tavernenzinses die blos prekäre Natur der Tavernenrechte folgen sollte, ist nicht einzusehen; denn der Tavernenzins ist ja einfach ein auf das verliehene Recht zu Gunsten des Grund- bezw. Lehensherrn gelegtes Gefäll. Daß im Fernern als Inhalt dieser Rechte die Befugniß zum Betriebe eines Gewerbes erscheint, ändert an der privatrechtlichen Natur derselben um so weniger etwas, als ja nach der frühern Rechtsanschauung überhaupt die Berechtigung zum Gewerbebetrieb bekanntlich vorwiegend privatrechtlich geordnet war, bezw. als subjektives Privatrecht behandelt wurde, und als übrigens auch heute noch bei konzessionspflichtigen Gewerben die betreffende Gewerbeberechtigung unter Umständen (z. B. bei Eisenbahnkonzessionen) als Privatrecht (Privileg im subjektiven Sinne) des Konzessionärs erscheinen kann. Die streitige Wirthschaftsgerechtigkeit, welche keineswegs etwa blos auf Widerruf hin verliehen wurde, ist als Privatrecht begründet worden.

4. Auch in Folge der spätern Rechtsentwicklung ist die rechtliche Natur dieser Berechtigung nicht verändert worden. Denn:

a. Es ist, was zunächst die ältere Rechtsentwicklung, d. h. diejenige der Periode bis 1798, anbelangt, allerdings richtig, daß als die Regelung des Wirthschaftwesens, insbesondere seit der Kirchenreformation des 16. Jahrhunderts, allmälig der Grundherrschaft entzogen und von der Staatsgewalt (dem Landesherrn) an die Hand genommen wurde, der Staat, namentlich bei der ersten durchgreifenden Revision der Wirthschaftsberechtigungen, der Ordnung von 1628, sich anscheinend nicht unbedingt für verpflichtet erachtete, die bestehenden Tavernenrechte fortbestehen zu lassen, sondern daß er auch berechtigte Tavernen, für deren Bestand kein Bedürfniß vorzuliegen schien, ohne Entschädigung aufhob („abstellte") (s. Gutachten des Staatsarchivariates S. 12 u. ff.). Allein einmal wurde unbestrittenermaßen die hier streitige Wirthschaftsgerechtigkeit von den Staatsbehörden immerfort anerkannt, und sodann beweist überhaupt das erwähnte Vorgehen der Staatsbehörden in keiner Weise, daß nunmehr der Grundsatz, die bestehenden Wirthschaftsrechte seien als Privatrechte überhaupt und allgemein nicht mehr anzuerkennen, gesetzgeberisch statuirt worden sei; denn einerseits mangelt doch der Nachweis, daß die Regierung die Befugniß, bestehende Tavernen wegen mangelnden Bedürfnisses zu schließen, schlechthin und ohne alle Rücksicht auf die

Digitized by Google

Art und Weise der Begründung des betreffenden Tavernenrechtes ausgeübt habe, und anderseits würde, auch wenn dieser Beweis erbracht wäre, daraus nur zu folgern sein, daß die Regierung sich als befugt erachtete, kraft des jus eminens des Staates in Fällen eines dringenden öffentlichen Interesses auch in bestehende wohlerworbene Rechte einzugreifen und dieselben auch ohne Entschädigung zu vernichten. Zweifellos nämlich wurde damals die Verminderung der bestehenden Wirthschaften durch Beseitigung der nach dem Ermessen der Landesobrigkeit überflüssigen, als ein dringendes Gebot der öffentlichen Sittlichkeit und allgemeinen Wohlfahrt betrachtet. Daß denn in der That die Auffassung der Staatsbehörde keineswegs die war, die bestehenden Wirthschaftsgerechtigkeiten seien überhaupt prinzipiell nicht als erworbene Rechte zu betrachten, zeigt auf's unzweideutigste ihr ganzes Verhalten bei den betreffenden Revisionen, wo in erster Linie stets die Wirthschaftsgerechtigkeiten der Betreffenden untersucht und die Aufhebung bestehender wirklich begründeter Rechte jedenfalls möglichst vermieden wurde; hiefür spricht auch ferner, daß die anscheinend in bestehende Verhältnisse tief eingreifende Revision von 1628 in der Durchführung auf erhebliche Schwierigkeiten stieß und in Folge von Reklamationen einzelner Betheiligten später theilweise abgeändert wurde (s. darüber Gutachten des Staatsarchivariates S. 13, sowie das vom Beklagten eingelegte Gutachten Stooß-Leuenberger S. 10 u. ff.).

b. Durch die Gesetzgebung der Helvetischen Republik dagegen wurde allerdings die Aufhebung der alten, bis dahin in ihrer seitherigen Rechtsstellung belassenen Wirthschaftsrechte im Prinzipe verfügt und speziell in dem Gesetze vom 25. September 1799 vorgeschrieben, daß durch ein späteres Gesetz bestimmt werden solle, wann die „privilegirten Wirthshäuser", welche damals noch von der neu eingeführten Patentgebühr eximirt und nur einer Ausfertigungstaxe von 4 Fr. unterworfen wurden, mit den andern in eine Klasse gesetzt werden würden. Allein diese gesetzgeberischen Bestrebungen der Helvetik haben zu einer Aufhebung der alten Wirthschaftsrechte im Kanton Bern nicht geführt, während dieselben allerdings bekanntlich in einzelnen andern Kantonen (z. B. im Kanton Waadt) eine Beseitigung dieser Gerechtigkeiten ohne Entschädigung zur Folge hatten. Vielmehr wurden die alten Wirthschaftsrechte durch die bernische Gesetzgebung bis zu dem Gesetz vom 4. Mai 1879 stetsfort in ihrem bisherigen Bestande belassen; allerdings scheint das Dekret über den Loskauf der Lehensgefälle vom 18. Mai 1804 die betreffenden Berechtigungen mehr als öffentlich-rechtliche Bewilligungen, welche die Regierung

Digitized by Google

aus „erheblichen Gründen“ (Art. 39 des citirten Dekrets) zurücknehmen könne, aufzufassen. Allein diese dem ursprünglichen Rechtszustande, jedenfalls soweit es die hier in Frage stehende Kategorie von Wirthschaftsrechten anbelangt, widersprechende Auffassung wurde in der spätern Gesetzgebung nicht durchgeführt, sondern es erkennen umgekehrt die Wirthschaftsgesetze vom 13. Heumonat 1833 (Art. 4), vom 2. Mai 1836 (§ 13) und 11. Juni 1852 die „auf Konzessionen, Titeln oder unvordenklichem Herkommen beruhenden Wirthschaften“ in ihrem Bestande an — das Gesetz vom 2. Mai 1836 allerdings mit dem Beisatze, „bis das Gesetz über sie etwas anderes verfügt“: diesem Beisatze wurde aber eben bis zum Gesetze vom 4. Mai 1879 keine Folge gegeben, so daß die alten Wirthschaftsgerechtigkeiten bis zu diesem Gesetze unverändert fortbestanden haben. *)

5. Hiegegen wird nun freilich von dem beklagten Fiskus im Anschlusse wesentlich an die Ausführungen des von ihm eingeholten Stooß-Leuenberger'schen Gutachtens die Einwendung erhoben, daß die alten Wirthschaftsrechte ihrem privatrechtlichen Gehalte nach schon durch die im Gesetze vom 13. Heumonat 1833 verfügte Aufhebung der mit Wirthschaften verbundenen Bannrechte oder durch die Einführung des Patentsystems und jedenfalls durch die in Folge der Bundesverfassung von 1874 erfolgte Aufhebung der Normalzahl der Wirthschaften und Statuirung der vollen Gewerbefreiheit für den Wirthschaftsbetrieb beseitigt worden seien. Allein diese Einwendung erscheint als unbegründet. Dieselbe verkennt den Inhalt des streitigen Realgewerberechts. Dieser geht einfach dahin, daß der jeweilige Eigenthümer der berechtigten Liegenschaft zu zeitlich unbeschränkter Ausübung des Wirthschaftsgewerbes gegen Erlegung der auf sein Recht gelegten Abgabe befugt ist, so daß er nicht verpflichtet werden kann, periodisch eine neue Gewerbebewilligung (ein Patent) auszuwirken und hiefür, als Vorbedingung des Erwerbes der Wirthschaftsberechtigung, eine Gebühr zu bezahlen. Dagegen enthält die Wirthschaftsberechtigung weder eine Steuerbefreiung, welche über die erwähnte Exemtion von Gebühren für Erlangung der Wirthschaftsbewilligung hinaus ginge, noch involvirt sie, sofern dies nicht besonders begründet ist, ein Recht des Begünstigten auf ausschließlichen Betrieb des Wirthschaftsgewerbes in bestimmtem örtlichem Umkreise, und noch weniger

*) Prof. Leuenberger (Vorles. II, S. 105) erklärte diese „Ehehaften“ als Objekte lehenrechtlicher Verhältnisse, ebenso die bernische Praxis, vgl. Ztschr. f. vat. R., X, 161. Noch heute beziehen sowohl der Staat als einzelne Gemeinden sog. Ehehaftenzinse von den Besitzern verschiedener Radwerke, besonders Mühlen. Red.

Digitized by Google

Art und Weise der Begründung des betreffenden Tavernenrechtes ausgeübt habe, und anderseits würde, auch wenn dieser Beweis erbracht wäre, daraus nur zu folgern sein, daß die Regierung sich als befugt erachtete, kraft des jus eminens des Staates in Fällen eines dringenden öffentlichen Interesses auch in bestehende wohlerworbene Rechte einzugreifen und dieselben auch ohne Entschädigung zu vernichten. Zweifellos nämlich wurde damals die Verminderung der bestehenden Wirthschaften durch Beseitigung der nach dem Ermessen der Landesobrigkeit überflüssigen, als ein dringendes Gebot der öffentlichen Sittlichkeit und allgemeinen Wohlfahrt betrachtet. Daß denn in der That die Auffassung der Staatsbehörde keineswegs die war, die bestehenden Wirthschaftsgerechtigkeiten seien überhaupt prinzipiell nicht als erworbene Rechte zu betrachten, zeigt auf's unzweideutigste ihr ganzes Verhalten bei den betreffenden Revisionen, wo in erster Linie stets die Wirthschaftsgerechtigkeiten der Betreffenden untersucht und die Aufhebung bestehender wirklich begründeter Rechte jedenfalls möglichst vermieden wurde; hiefür spricht auch ferner, daß die anscheinend in bestehende Verhältnisse tief eingreifende Revision von 1628 in der Durchführung auf erhebliche Schwierigkeiten stieß und in Folge von Reklamationen einzelner Betheiligten später theilweise abgeändert wurde (s. darüber Gutachten des Staatsarchivariates S. 13, sowie das vom Beklagten eingelegte Gutachten Stooß-Leuenberger S. 10 u. ff.).

b. Durch die Gesetzgebung der Helvetischen Republik dagegen wurde allerdings die Aufhebung der alten, bis dahin in ihrer seitherigen Rechtsstellung belassenen Wirthschaftsrechte im Prinzipe verfügt und speziell in dem Gesetze vom 25. September 1799 vorgeschrieben, daß durch ein späteres Gesetz bestimmt werden solle, wann die „privilegirten Wirthshäuser", welche damals noch von der neu eingeführten Patentgebühr eximirt und nur einer Ausfertigungstaxe von 4 Fr. unterworfen wurden, mit den andern in eine Klasse gesetzt werden würden. Allein diese gesetzgeberischen Bestrebungen der Helvetik haben zu einer Aufhebung der alten Wirthschaftsrechte im Kanton Bern nicht geführt, während dieselben allerdings bekanntlich in einzelnen andern Kantonen (z. B. im Kanton Waadt) eine Beseitigung dieser Gerechtigkeiten ohne Entschädigung zur Folge hatten. Vielmehr wurden die alten Wirthschaftsrechte durch die bernische Gesetzgebung bis zu dem Gesetz vom 4. Mai 1879 stetsfort in ihrem bisherigen Bestande belassen; allerdings scheint das Dekret über den Loskauf der Lehensgefälle vom 18. Mai 1804 die betreffenden Berechtigungen mehr als öffentlich-rechtliche Bewilligungen, welche die Regierung

Digitized by Google

aus „erheblichen Gründen“ (Art. 39 des citirten Dekrets) zurücknehmen könne, aufzufassen. Allein diese dem ursprünglichen Rechtszustande, jedenfalls soweit es die hier in Frage stehende Kategorie von Wirthschaftsrechten anbelangt, widersprechende Auffassung wurde in der spätern Gesetzgebung nicht durchgeführt, sondern es erkennen umgekehrt die Wirthschaftsgesetze vom 13. Heumonat 1833 (Art. 4), vom 2. Mai 1836 (§ 13) und 11. Juni 1852 die „auf Konzessionen, Titeln oder unvordenklichem Herkommen beruhenden Wirthschaften“ in ihrem Bestande an — das Gesetz vom 2. Mai 1836 allerdings mit dem Beisatze, „bis das Gesetz über sie etwas anderes verfügt“: diesem Beisatze wurde aber eben bis zum Gesetze vom 4. Mai 1879 keine Folge gegeben, so daß die alten Wirthschaftsgerechtigkeiten bis zu diesem Gesetze unverändert fortbestanden haben. *)

5. Hiegegen wird nun freilich von dem beklagten Fiskus im Anschlusse wesentlich an die Ausführungen des von ihm eingeholten Stooß-Leuenberger'schen Gutachtens die Einwendung erhoben, daß die alten Wirthschaftsrechte ihrem privatrechtlichen Gehalte nach schon durch die im Gesetze vom 13. Heumonat 1833 verfügte Aufhebung der mit Wirthschaften verbundenen Bannrechte oder durch die Einführung des Patentsystems und jedenfalls durch die in Folge der Bundesverfassung von 1874 erfolgte Aufhebung der Normalzahl der Wirthschaften und Statuirung der vollen Gewerbefreiheit für den Wirthschaftsbetrieb beseitigt worden seien. Allein diese Einwendung erscheint als unbegründet. Dieselbe verkennt den Inhalt des streitigen Realgewerberechts. Dieser geht einfach dahin, daß der jeweilige Eigenthümer der berechtigten Liegenschaft zu zeitlich unbeschränkter Ausübung des Wirthschaftsgewerbes gegen Erlegung der auf sein Recht gelegten Abgabe befugt ist, so daß er nicht verpflichtet werden kann, periodisch eine neue Gewerbebewilligung (ein Patent) auszuwirken und hiefür, als Vorbedingung des Erwerbes der Wirthschaftsberechtigung, eine Gebühr zu bezahlen. Dagegen enthält die Wirthschaftsberechtigung weder eine Steuerbefreiung, welche über die erwähnte Exemtion von Gebühren für Erlangung der Wirthschaftsbewilligung hinaus ginge, noch involvirt sie, sofern dies nicht besonders begründet ist, ein Recht des Begünstigten auf ausschließlichen Betrieb des Wirthschaftsgewerbes in bestimmtem örtlichem Umkreise, und noch weniger

*) Prof. Leuenberger (Vorles. II, S. 105) erklärte diese „Ehehaften“ als Objekte lehenrechtlicher Verhältnisse, ebenso die bernische Praxis, vgl. Ztschr. f. vat. R., X, 161. Noch heute beziehen sowohl der Staat als einzelne Gemeinden sog. Ehehaftenzinse von den Besitzern verschiedener Radwerke, besonders Mühlen. Red.

Digitized by Google

natürlich ein eigentliches Bannrecht. Vielmehr ist durch bereits bestehende, nicht besonders als ausschließliches Recht verliehene Wirthschaftsberechtigungen der Staat in keiner Weise verhindert, die Begründung neuer Wirthschaften am gleichen Orte wie an andern Orten zu gestatten, und es steht ihm daher auch frei, zu bestimmen, an welche Bedingungen er die Ertheilung bezüglicher Bewilligungen knüpfen wolle, so daß er also den Wirthschaftsbetrieb sogar unter Aufstellung blos polizeilicher Vorbedingungen überhaupt frei geben kann, ohne dadurch in das Recht der Inhaber alter Wirthschaftsgerechtigkeiten irgendwie einzugreifen. Durch die Erleichterung der Errichtung neuer Wirthschaften mögen faktisch infolge der Vermehrung der Konkurrenz die Inhaber alter Wirthschaftsrechte erheblich geschädigt, durch die gänzliche Freigebung des Wirthschaftsgewerbes mag sogar unter Umständen der ökonomische Werth ihrer Berechtigungen thatsächlich nahezu oder ganz vernichtet werden; ein Eingriff in ihre Rechte dagegen liegt insolange nicht vor, als sie nicht verhindert werden, ihrerseits das Wirthschaftsgewerbe ihrem Rechte gemäß zu betreiben. Wenn ja überhaupt durch Aenderung der Gesetzgebung Befugnisse, welche bisher nur im Weg der Privilegienertheilung begründet werden konnten, zu Berechtigungen des allgemeinen Rechtes, welche unter den gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen jedermann von Gesetzeswegen zustehen, erhoben werden, wovon die Rechtsgeschichte bekanntlich zahlreiche Beispiele, man denke z. B. an die Entwicklung des Autorrechtsschutzes und ähnliches, aufweist, so können sich die Inhaber von Privilegialrechten keineswegs wegen Eingriffs in ihre Rechte beschweren, sofern nur die ihnen bisher jure privilegii zugestandenen Befugnisse durch die Aenderung der Rechtsordnung nicht aufgehoben oder geschmälert werden. Es treten dann einfach neben die bisher einzig bestandenen Privilegialrechte neue, kraft allgemeiner Rechtsvorschrift bestehende, inhaltlich gleichartige Berechtigungen, und es verlieren dadurch die Privilegialrechte thatsächlich ihren Charakter als Vorrechte, als individuelle Ausnahme von einer allgemeinen Rechtsregel, ohne dagegen in ihrem rechtlichen Bestande irgendwie angetastet zu werden.

Die ökonomische Schädigung der Privilegirten, welche in manchen Fällen dieser Art eintreten kann, ist rein thatsächlicher Natur, und es muß der Berechtigte dieselbe in ganz gleicher Weise an sich selbst tragen, wie jede andere durch Umgestaltung der thatsächlichen Verhältnisse oder des objektiven Rechtes eintretende Entwerthung von Vermögensbestandtheilen, wie ja auch umgekehrt für ihn vortheilhafte Aenderungen der Gesetzgebung, z. B. die Aufstellung strengerer Vorschriften für Erlangung gleichartiger

Digitized by Google

Privilegien, ihm ohne weiteres zu Gute kommen würden. Ist nun aber dies richtig, so ist klar, daß die alten Wirthschaftsberechtigungen keineswegs, wie der beklagte Fiskus behauptet, schon früher aufgehoben wurden, sondern daß dieselben bis zu dem Gesetze vom 4. Mai 1879 fortbestanden haben und erst durch dieses Gesetz, welches die Berechtigung der Inhaber alter Wirthschaftsrechte zum Wirthschaftsbetriebe nicht mehr anerkennt, sondern dieselben zu Lösung eines Patentes verpflichtet, aufgehoben sind.

6. Da somit durch das Gesetz vom 4. Mai 1879 ein dem Kläger bis dahin zugestandenes Privatrecht aufgehoben wurde, so steht die Entschädigungspflicht des beklagten Fiskus nach dem in Erw. sub 2. Ausgeführten im Prinzip fest. Was dagegen das Quantitative der Entschädigung anbelangt, so kann für dessen Ermittlung nicht einfach, wie der Kläger meint, die durch das Gesetz vom 4. Mai 1879 herbeigeführte Mehrbelastung des klägerischen Gewerbebetriebes zu Grunde gelegt werden, wie schon daraus sich ergibt, daß ja diese Mehrbelastung durchaus keine für alle Zukunft feststehende ist, vielmehr ja sehr wohl möglich und denkbar ist, daß die Patentgebühren des Gesetzes vom 4. Mai 1879 in Zukunft reduzirt oder auch wohl gänzlich beseitigt werden. Prinzipiell ist für die Ausmessung des Quantitativs der Entschädigung vielmehr der Verkehrswerth des aufgehobenen Wirthschaftsrechts im Augenblicke seiner Aufhebung maßgebend. Für Ausmittelung dieses Verkehrwerthes mangelt es nun freilich in den Akten an festen nnd verläßlichen Anhaltspunkten. Der in dem Abtretungsvertrage des Klägers mit seinen Söhnen von 1878 angegebene Werth von 12,000 Fr. kann aus naheliegenden Gründen gewiß nicht maßgebend sein, und es ist denn auch hierauf vom klägerischen Anwalte im heutigen Vortrage kein erhebliches Gewicht mehr gelegt worden; ebensowenig kann auf die klägerischerseits angezogene Steuereinschätzung abgestellt werden, denn dieselbe wurde in früherer Zeit (1849) vor der Aufhebung der Normalzahl der Wirthschaften bezw. der Ausdehnung der vollen Gewerbefreiheit auf das Wirthschaftsgewerbe und der damit unzweifelhaft verbundenen bedeutenden Entwerthung der Wirthschaftsrechte aufgestellt. Demnach muß eine ungefähre Abschätzung ex æquo et bono Platz greifen. Zieht man nun hiebei in Betracht, daß die klägerische Berechtigung in ihrem ökonomischen Werthe stets in sehr erheblichem Maße von dem Gange der Gesetzgebung abhängig war, (man denke z. B. an den Fall, daß der Gesetzgeber mit der Einführung der Gewerbefreiheit zugleich die Patentgebühr aufgehoben und Ersatz hiefür in einer andern Steuer, einer Getränke- oder allgemeinen Wirth-

Digitized by Google

schaftsteuer u. dgl. gesucht hätte), daß dieser Umstand gewiß den Verkehrswerth des klägerischen Gewerbebetriebes herabdrücken mußte, daß endlich auch Umfang und Rentabilität des klägerischen Gewerbebetriebes, wenn diese in Ermanglung anderer aktenmäßiger Anhaltspunkte nach dem vom Kläger bezahlten Einkommensteuerbetrage beurtheilt werden, nicht zu einer erhöhten Werthung der klägerischen Wirthschaftsgerechtigkeit führen können, so erscheint eine Entschädigung von 6000 Fr., verzinslich seit 1. Januar 1880 als dem Tage, auf welchen Kläger ein Wirthschaftspatent zu lösen hatte, als genügend und den Verhältnissen angemessen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Dem Kläger ist das erste Rechtsbegehren seiner Klageschrift zugesprochen.

2. Die dem Kläger zustehende Schadenersatzforderung wird auf Fr. 6000 (sechs tausend Franken) verzinslich zu fünf Prozent seit 1. Januar 1880 festgesetzt.

3. die bundesgerichtlichen Kosten, bestehend in:

a. Gerichtsgeld	. . . . .	Fr. 140
b. Auslagen der Kanzlei	. . .	„ 5
c. Schreibgebühren	. . . .	„ 36

sowie eine außerrechtliche Entschädigung an die Gegenpartei von 500 Fr. (fünfhundert Franken) werden dem Beklagten auferlegt.

4. Dieses Urtheil ist beiden Parteien schriftlich mitzutheilen.

2. Aufhebung eines bernischen Strafurtheils wegen ungleicher Behandlung von Schweizerbürgern und Angehörigen befreundeter Staaten durch die bernische Gesetzgebung. (Art. 60 Bundesverf.).

Rekurs G. Bernasconi c. Genossen.

2. März 1883.

Der Semaine Judiciaire vom 11. März 1883 entnehmen wir, daß das Bundesgericht unter obstehendem Datum einen Rekurs von G. Bernasconi und 19 andern kantonsfremden Handwerksgesellen gegen ein von dem Polizeirichter zu Neuveville, Kantons Bern, gefälltes und von der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes bestätigtes Strafurtheil als begründet

Digitized by Google

und dieses Urtheil, sowie die zu Grunde liegende kantonale Gesetzesbestimmung als bundesverfassungswidrig erklärt hat. Es handelt sich um § 89 des bernischen Gesetzes über das Gewerbewesen vom 7. November 1849, welcher lautet:

„In jedem Amtsbezirk ist eine Hülfs- und Krankenkasse für Gesellen zu errichten. Auf Verlangen können solche auch nur für einzelne Ortschaften gegründet werden.

„Jeder kantonsfremde Geselle ist verpflichtet, an die betreffende Kasse einen Beitrag zu leisten, welcher vom Regierungsrathe festgesetzt wird."

Damit im Zusammenhang zählt das Gesetz über das Armenwesen vom 1. Juli 1857 unter den Hülfsmitteln der Krankenkassen der Gemeinden auf (§ 49):

„Die vom Gewerbsgesetz § 89 vorgesehenen obligatorischen Beiträge aller fremden Gesellen."

Gleichwohl ist unseres Wissens und laut Auskunft von kompetenter Stelle von diesen Bestimmungen nur selten Gebrauch gemacht worden und einem außerordentlichen Umstande war es zu verdanken, daß im vorigen Jahre gegen eine Anzahl theils andern Schweizerkantonen, theils Italien und Oesterreich angehörender Handwerksgesellen bei dem Gerichtspräsidenten in Neuveville wegen Verweigerung eines solchen Beitrags Anzeige erstattet wurde.

Das Urtheil lautete auf Fr. 1 Buße (also noch weniger als das gesetzliche Minimum, welches laut § 97 Gew.-G. und Dekret vom Jahre 1853 über die Umwandlung der Geldwährung Fr. 1. 50 beträgt). Auf erhobene Appellation wurde das Urtheil von der Polizeikammer bestätigt. Die Motive des letztern Erkenntnisses lauten in deutscher Uebersetzung:

„. . . . Die Appellanten führen keine Bestimmungen von Staatsverträgen an, welche mit dem § 89 des Gewerbegesetzes im Widerspruch ständen: sie berufen sich nur auf Art. 45 und 60 der Bundesverfassung. Da sie sich nun in Neuveville nur vorübergehend aufhalten und daselbst nicht niedergelassen sind, so genießen sie nicht die Gewährleistung des Art. 45. Was die Schweizerbürger anderer Kantone betrifft, so scheint zwar Art. 60 der B.-V. dem Standpunkt der Appellanten eher günstig zu sein; man könnte in der That eine Ungleichheit zwischen bernischen Angehörigen und solchen anderer Kantone darin erblicken, daß das fragliche Gesetz nur die Letztern zur Leistung von Beiträgen an die Hülfs- und Krankenkasse verpflichtet. Allein selbst wenn man dies zugibt, so bleibt nichts desto weniger die fragliche Bestimmung vom Standpunkt der bernischen Gesetzgebung aus in Kraft; es steht keiner kantonalen Gerichtsbehörde zu, deren Anwendung zu verweigern, so lange

Digitized by Google

sie nicht vom Gesetzgeber abgeschafft ist. Art. 48 der Bundes-Verfassung vom Jahre 1848 enthielt die nämlichen Vorschriften über die Gleichstellung aller Schweizerbürger, und gleichwohl hat der bernische Gesetzgeber den § 89 des Gewerbegesetzes nach Inkrafttreten jener Verfassung erlassen. Die Ausländer können den Art. 60 B.-V. nicht anrufen, dessen Gewährleistung sich nur auf Schweizerbürger bezieht."

Die Erwägungsgründe des Bundesgerichts lauten in der Uebersetzung:

„I. Die durch den Rekurs zur Entscheidung gestellte Frage geht nicht dahin, ob durch das angefochtene Urtheil ein kantonales Gesetz auf den Spezialfall richtig angewendet worden sei, sondern ob dieses Gesetz selbst in seinen §§ 89 und 97 eine Verletzung der Art. 45 und 60 der Bundes-Verfassung enthalte.

„II. Das Bundesgericht ist nicht kompetent hinsichtlich des aus Verletzung des vorangeführten Art. 45 hergenommenen Beschwerdegrundes: die darauf bezüglichen Streitigkeiten gehören gemäß Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege in den Geschäftskreis des Bundesrathes, bezw. der Bundesversammlung.

„III. Art. 60 B.-V. bestimmt, daß sämmtliche Kantone verpflichtet sind, alle Schweizerbürger in der Gesetzgebung sowohl als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten. Es ist nun unbestreitbar, daß einerseits die Vorschrift des § 89 der bernischen Gewerbeordnung, indem sie alle Kantonsfremden und nur die Kantonsfremden zur Leistung eines Beitrages an die Kranken- und Hülfskasse verpflichtet und andrerseits der § 97 ibidem, welcher diese Kantonsfremden für den Fall der Nichtzahlung des Beitrages mit einer Geldstrafe belegt, eine offenbare Verletzung der oben erwähnten verfassungsmäßigen Gewährleistung enthalten.

„Diese gesetzlichen Vorschriften befreien nämlich implicite die in Neuveville sich aufhaltenden bernischen Kantonsbürger von der Leistung einer Auflage, welche von den am nämlichen Orte sich aufhaltenden Schweizerbürgern gefordert wird, und das diese Ungleichheit anerkennende Urtheil kann vor dem Wortlaut des Art. 60 nicht bestehen.

„IV. Der Umstand, daß das Gesetz über das Armenwesen vom 1. Juli 1857 die erwähnte Verfassungswidrigkeit bestätigt, kann dieselbe nicht rechtfertigen, ebensowenig kann dies durch die Thatsache geschehen, daß, wie das rekurrirte Urtheil anführt, die Ungleichheit schon unter der Herrschaft der Verfassung von 1848 bestanden hat, deren Art. 48 die in Art. 60 der jetzigen Bundes-

Digitized by Google

verfassung enthaltene Zusicherung bereits in sich schloß. Es geht daraus im Gegentheil hervor, daß die von den Rekurrenten angefochtenen §§ 89 und 97 schon damals gegen die frühere Bundesverfassuug verstießen und daß schon unter der Herrschaft der letztern der Rekurs begründet gewesen wäre.

„Ebenso ungerechtfertigt ist es, wenn das Urtheil der Polizeikammer die Wohlthat des Art. 60 B.-V. auf die niedergelassenen Schweizerbürger beschränken möchte. Nichts in dessen Wortlaut gestattet eine derartige Auslegung, die auch mit dem Zweck der Bestimmung nicht im Einklang stände, welcher unstreitig darin besteht, auf dem ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft die gleiche Behandlung den Schweizerbürgern, ob sie in einem andern Kanton niedergelassen oder bloße Aufenthalter sind, zuzusichern.

„V. Endlich bestreitet das mehrerwähnte Urtheil mit ebenso wenig Grund den italienischen und östreich-ungarischen Staats-Angehörigen, welche den Rekurs unterzeichnet haben, das Recht sich gegen die ausgesprochene Strafe aufzulehnen.

„Nach Art. 1 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Italien vom 22. Juli 1868, sowie Art. 1 und 3 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und der Oesterreich-Ungarischen Monarchie vom 7. Dez. 1875 sollen die Angehörigen dieser beiden Mächte in Bezug auf Alles, was die Lasten und Abgaben für Ausübung ihres Gewerbes oder Berufs anbelangt, in jedem Kanton der Eidgenossenschaft auf dem nämlichen Fuße und auf die gleiche Weise behandelt werden wie die Angehörigen der andern Kantone; sie sind daher befugt, sich vorkommenden Falls gleich Letztern auf die Zusicherung des Art. 60 B.-V. zu berufen."

VI. (Bezieht sich auf eine Entschädigungsforderung der Rekurrenten, welche abgewiesen wird).

Das Erkenntniß des Bundesgerichts lautet:

„Der Rekurs wird begründet erklärt. Infolge dessen wird das Urtheil der Polizeikammer des Kantons Bern vom 4. Novbr. 1882, erlassen in Bestätigung eines Urtheils des Polizeirichters des Bezirks Neuveville vom 19. Sept. gl. J. aufgehoben."

Digitized by Google

Jura bernois.*)

1. Action en reconnaissance du droit d'estivage accordé à un pasteur réformé du Jura bernois, — reconnue fondée, en vertu de conventions spéciales passées avec l'Etat demandeur en la cause, en exécution des principes établis dans l'art. 10 de l'Acte de Réunion du ci-devant Evêché de Bâle au canton de Berne, du 23 Nov. 1815, — le droit revendiqué n'ayant pu cesser d'exister ni être modifié par l'acte de classification et le règlement de jouissance des biens communaux qu'invoque la commune défenderesse, documents qui ne sont pas opposables à l'Etat. Ce droit, ne constituant pas un droit d'usage (art. 630 et 631 C. civ. fr.), peut être loué ou cédé à un tiers (art. 1598 ibid.).

Etat de Berne c. commune municipale de Corgément.

23 Juin 1882.

Motifs :

1) Qu'en application des principes admis par l'acte de Réunion du ci-devant Evêché de Bâle au canton de Berne, touchant les rapports du clergé réformé du Jura avec l'Etat, et en particulier ceux relatifs au traitement des pasteurs et en vue de mettre à exécution les décrets des 19 et 21 décembre 1818 et 1er février 1819, il intervint le 28 août 1819 entre l'Etat de Berne et la paroisse de Corgémont une convention, par laquelle cette dernière abandonnait et cédait à l'Etat ses biens d'église ou de cure, consistant en divers immeubles;

2) qu'à cette occasion la commune de Corgémont en particulier a pris l'engagement de laisser estiver au pasteur

*) M. le Dr. Juillard, juge d'appel, ayant au grand regret de la rédaction, regret qui sera partagé par nos lecteurs dû suspendre, pour cause de santé, sa collaboration à la „Zeitschrift", nous ne pourrons pour le moment publier que dans des limites plus restreintes, les arrêts qui nous paraîtront d'un intérêt spécial pour le Jura. Réd.

Digitized by Google

de la paroisse, sur ses pâturages (champois) communaux, un cheval et une vache et, dans le cas où il aurait la jouissance des terres cédées à l'Etat, en outre deux bœufs, mais avec la réserve qu'il serait, pour les deux dernières pièces de bétail, assujetti aux corvées et aux paiements des giètes et taxes communales, comme les autres particuliers;

5) qu'à la date du 28 octobre 1857, une nouvelle convention étant intervenue entre l'Etat de Berne et la paroisse de Corgémont au sujet de l'abandon du presbytère à l'Etat, la défenderesse a confirmé son obligation susmentionnée en ces termes : « La commune municipale de Corgémont en particulier s'engage de laisser estiver au pasteur, sur ses pâturages communaux, un cheval et une vache, et dans le cas où le fonctionnaire aurait la jouissance des terrains que l'Etat possède dans cette commune, il aura le droit d'estiver sur ces mêmes pâturages, indépendamment de la vache et du cheval dont il est parlé plus haut, encore deux bœufs; mais quant à ces deux dernières pièces de bétail, il sera assujetti comme précédemment aux variations règlementaires;

4) que l'exercice du droit accordé au pasteur de Corgémont d'estiver un cheval et une vache sur les pâturages communaux n'était soumis à aucune restriction, et qu'il est reconnu que ce fonctionnaire en a joui sans entraves jusqu'au mois d'avril 1874, mais qu'à cette époque la défenderesse y a mis obstacle, en se basant essentiellement sur le motif que le droit réservé au pasteur par les conventions du 28 août 1819 et du 28 octobre 1857 avait cessé d'exister, celles-ci ayant été modifiées par des actes postérieurs, notamment par l'acte de classification et le règlement de jouissance des biens communaux;

5) que les conventions invoquées par la demanderesse pour justifier ses conclusions, et dans lesquelles l'Etat, comme partie contractante, agissait en sa qualité de personne juridique, avaient pour objet de régler des intérêts privés des parties et des rapports de nature purement civile, et que les obligations contractées par la défenderesse ne pouvaient dès lors s'éteindre que d'une des manières prévues par les lois civiles en vigueur;

6) que la défenderesse prétend, il est vrai, qu'elle est restée complètement étrangère aux conventions du 28 août 1819 et du 28 octobre 1857 et qu'elles ne lui sont par conséquent pas opposables, mais que cette objection n'est

Digitized by Google

pas fondée, sa participation au contrat du 27 octobre 1857 étant constatée dans l'acte même comme suit : « Intervient au présent acte M. Sosthène Voisin, maire de la commune de Corgémont, agissant comme porteur de pouvoirs et délégué du conseil municipal du dit lieu, suivant extrait de protocole et procuration en blanc, datés de ce jour, qui sont joints à la minute du présent, lequel a déclaré au nom de la dite commune municipale, accepter et s'obliger à la continuation de cette charge;

8) que l'acte de classification des biens communaux, passé le 30 avril et le 1er mai 1811 entre la commune municipale et la commune bourgeoise de Corgémont, contient en effet la disposition suivante : « La paroisse a le droit, pour l'usage spécial du pasteur, d'estiver sur les pâturages de la municipalité deux pièces de gros bétail, soit un cheval et une vache, *moyennant payer la gîte communale comme les autres ayant-droits;* » mais que cette convention qui avait uniquement pour but de mieux assurer l'application des biens communaux à leur destination, n'est pas opposable à l'Etat de Berne, ce dernier n'y ayant pris aucune part, et ne peut en conséquence porter aucune atteinte aux droits qu'il avait acquis par des conventions antérieures (art. 1165 C. civ. fr.);

8) que la même disposition est reproduite à l'art. 6 du règlement de jouissance de la commune municipale de Corgémont, du 30 mars 1874, mais que ce règlement adopté dans le but d'opérer des modifications relatives à la jouissance des forêts et pâturages municipaux, est un acte d'administration, par lequel des conventions intervenues entre la commune et des tiers n'ont pu, pour les motifs indiqués ci-dessus, être annulées ou modifiées

9) que l'acte de classification et de règlement de jouissance sus-mentionnés ont, à la vérité, été soumis à l'approbation du Conseil exécutif, conformément aux articles 26 et 43 de la loi sur l'organisation communale; que cette sanction, qui émane des droits de souveraineté de l'Etat, n'a toutefois été donnée que sous réserve des droits des tiers, et ne pouvait porter aucun préjudice à ceux acquis par le fisc comme personne morale, capable de devenir le sujet de droits et d'obligations relatifs aux biens;

10) que la défenderesse ne peut se prévaloir des dispositions de la loi du 4 novembre 1859, sur la nomination et les traitements du clergé évangélique réformé, en allé-

Digitized by Google

guant que cette loi n'accorde à aucun pasteur un privilège de la nature de celui réclamé par le demandeur; qu'il résulte au contraire des dispositions de cette loi, qu'elle ne fixe le traitement des pasteurs que d'une manière générale et ne prohibe en aucune façon l'exécution de conventions particulières, par lesquelles des prestations spéciales ont été mises à la charge de certaines paroisses ou communes;

11) que le droit accordé au pasteur de Corgémont par les conventions du 28 août 1819 et 28 octobre 1859 ne constitue pas, comme le prétend la défenderesse, un droit d'usage proprement dit, qui donne à l'usager la faculté de se servir de la chose d'autrui et d'en percevoir les fruits jusqu'à concurrence de ses besoins et de ceux de sa famille, et qui ne peut être cédé ni loué à un tiers (art. 630 et 631 C. civ. fr.), mais qu'il en diffère essentiellement en ce qu'il n'a pas été établi au profit d'une personne déterminée;

12) qu'en règle générale, tout objet incorporel est susceptible d'être cédé, à moins que la cession ne soit contraire à quelque prohibition de la loi (art. 1598 C. civ. fr.); qu'au cas particulier l'existence d'une prohibition de ce genre n'a pas été établie et que l'on doit en conséquence admettre que le pasteur de Corgémont était autorisé non-seulement à profiter lui-même du droit d'estivage qui lui était accordé, mais aussi à l'exercer par l'entremise de son fermier;

13) qu'il est constant que le demandeur a été privé dès le mois d'avril 1874, par le fait de la défenderesse, de la jouissance du droit stipulé en sa faveur dans les conventions intervenues entre parties; que la défenderesse a été régulièrement, mais inutilement, mise en demeure d'exécuter ses engagements, et qu'elle est par conséquent tenue de réparer le préjudice qu'elle a causé au demandeur et qui est estimé par les experts à la somme de fr. 65 pour chaque année de non-jouissanse du droit en litige.

2. Hypothèque légale des mineurs. — Subrogation légale ou novation.

Banque hypothécaire de Bâle contre enfants Friche.

10 Août 1882.

Question litigieuse:

En rectification du projet d'ordre et de collocation

Digitized by Google

dressé par le greffier du tribunal de Delémont le 12 mai 1881, comprenant distribution du produit de la vente des immeubles de Sébastien Schaller, ancien aubergiste à Recollaine, doit-il être dit et déclaré :

1° que c'est à tort que les défendeurs ont été colloqués en rang privilégié antérieur à celui de la demanderesse, pour une somme de fr. 5328. 45 ?

2° que cette collocation sera attribuée jusqu'à due concurrence à la demanderesse ?

Faits :

En suite de citation, notifiée le 25 juin 1881, à la requête de la Banque hypothécaire de Bâle, à François Rossé, tuteur des enfants de Théodore Friche, les parties ont comparu devant le président du tribunal du district de Delémont à son audience du 5 juillet suivant, à laquelle la demanderesse a pris les conclusions rapportées sous les questions litigieuses, et rectifiées au protocole du 19 octobre 1881. A l'appui de ces conclusions, elle a exposé ce qui suit: Selon obligation notariée Jeannerat, du 3 décembre 1872, Théodore Friche a reconnu devoir à la Banque hypothécaire de Bâle pour argent prêté la somme de fr. 14,000. Avec l'autorisation du conseil tutélaire de Vicques, il a constitué débiteurs solidaires de ce montant ses enfants mineures Marie et Philomène Friche. A la garantie de l'obligation, un grand nombre d'immeubles ont été affectés d'hypothèque en premier rang. Le 6 juin 1875, Théodore Friche a vendu à Sébastien Schaller, alors aubergiste à Recollaine, une partie considérable de ces immeubles pour le prix de fr. 20,000. Il s'était déjà défait de plusieurs d'entre eux en faveur du même, le 9 décembre 1872. Il est stipulé dans l'acte de vente que l'acquéreur Schaller devait payer fr. 14,000 à la Banque hypothécaire de Bâle. Cette somme n'a point été payée par Sébastien Schaller, mais pour se libérer des engagements contractés envers son vendeur Friche, il souscrivit, le 7 février 1876, à la Banque hypothécaire de Bâle, une obligation de fr. 12,500 et hypothéqua en garantie les immeubles qu'il avait acquis de Friche, le 6 juin 1875, et qui étaient déjà hypothequés par les enfants Friche au profit du même établissement. L'inscription hypothécaire fut prise le 16 février 1876. Il est spécialement posé en fait que le capital de fr. 12,500, objet de l'obligation du 7 février 1876, n'a point été versé

Digitized by Google

à Sébastien Schaller, quoique l'obligation l'indique, mais qu'il forme bien avec la somme de fr. 1,500 qui a été payée comptant, les fr. 14,000 que celui-ci devait rembourser à la Banque à la décharge de Th. Friche et de ses enfants mineurs. Si Sébastien Schaller avait payé les fr. 14,000 dûs à la Banque Hypothécaire, étant subrogé dans les droits de celle-ci, il n'avait plus rien à craindre de l'hypothèque légale des mineurs. Se constituant lui-même débiteur de fr. 12,500, somme qui restait due, il pouvait toujours opposer la subrogation à l'hypothèque légale des mineurs, ou plutôt la renonciation à cette hypothèque que les mineurs avaient tacitement consentie le 3 décembre 1872. La demanderesse, quand même elle n'aurait pas conservé son hypothèque primitive, — pouvant faire valoir les droits de son débiteur —, continuerait à primer l'hypothèque légale des mineurs. Si la collocation de ces derniers était maintenue, ils s'enrichiraient aux dépens de la Banque. Sébastien Schaller a été déclaré en faillite; ses biens, et notamment ceux hypothéqués au profit de la Banque Hypothécaire, ont été vendus. Les enfants Friche ont été colloqués avant la demanderesse, et en vertu de leur hypothèque légale, sur une partie de ces immeubles, pour fr. 5,328. 45. La Banque Hypothécaire, renvoyée perdante, a fait opposition à cette collocation. Il est entendu qu'elle ne demande une collocation préférable en rang que sur les immeubles qui lui étaient hypothéqués. — Dans la défense, François Rossé, en sa dite qualité, a conclu au débouté des conclusions de la demande avec retour des frais et a dénié en grande partie les faits articulés. Puis il a allégué ce qui suit : l'obligation de fr. 14,000, souscrite au profit de la Banque hypothécaire, a été réglée, et se trouve en tout cas éteinte par novation. Par acte du 7 février 1876, reçu Erard, notaire, Sébastien Schaller a contracté, au profit de la demanderesse, une nouvelle obligation de fr. 12,500. Il a hypothéqué, entre autres, en garantie, les immeubles qu'il avait acquis de Théodore Friche, par acte sous seing-privé du 6 juin 1875. Cette nouvelle obligation porte que les fonds ont été versés avant la passation de l'acte. Aucune mention n'est faite de l'emprunt de fr. 14,000, du 3 décembre 1872, ni des enfants de Théodore Friche. L'inscription hypothécaire, prise au profit de la demanderesse, le 9 décembre 1872, a été radiée définitivement le 5 juillet 1876, en vertu d'une main-levée du 27 juin précédent. La

Digitized by Google

Banque hypothécaire de Bâle a produit, à la liquidation de Sébastien Schaller, en se fondant sur l'obligation souscrite à son profit le 7 février 1876, pour une somme de fr. 12,500 en principal. Elle n'a fait aucune réclamation en vertu de l'obligation du 3 décembre 1872, souscrite par Théodore Friche. Elle a produit en son propre nom, et non comme exerçant les droits de son débiteur. Par arrêt de la cour d'appel et de cassation, en date du 18 novembre 1880, les enfants mineures de Théodore Friche ont été reconnues créancières de la masse en faillite de Sébastien Schaller, pour une somme principale de fr. 4,956. 74, portant intérêts au 5 %, dès le 25 mai 1878. Le dit arrêt reconnaît que les pupilles doivent être colloquées pour ce montant dans la liquidation de Sébastien Schaller selon les droits que leur confère l'hypothèque légale des mineurs sur les biens de leur tuteur, soit le prix des biens que Théodore Friche, leur ancien tuteur, a vendus à Sébastien Schaller. En suite de cet arrêt, le tuteur des enfants Friche a fait un acte de production au greffe pour la somme de fr. 4,956. 74, avec intérêts à 5 % dès le 25 mai 1878. Le greffier du tribunal a colloqué les pupilles du défendeur pour un montant de fr. 5,328. 45. Théodore Friche est devenu de plein droit tuteur naturel et légal de ses enfants par la mort de sa femme, qui a eu lieu le 10 mai 1869, et c'est aussi de ce jour que date l'hypothèque légale. — La réplique et la duplique ne contiennent que des dénégations. — Il a été procédé à l'apport des preuves par la production d'actes et titres divers. — Par jugement du 6 décembre 1881, le président du tribunal du district de Delémont a débouté la demanderesse de ses conclusions et l'a condamnée aux frais. — Sur l'appel, interjeté par celle-ci, la Cour d'appel et de cassation a confirmé.

Motifs :

1° que la production de Marie et Philomène Friche a été faite, en conformité de l'arrêt du 18 novembre 1880, qui détermine le montant de leur créance et reconnaît à leur profit sur partie des immeubles vendus par Théodore Friche à Sébastien Schaller, un droit d'hyothèque légale remontant au 10 mai 1869;

2° que, sans contester en principe l'existence de ce droit, la Banque demanderesse allègue que, suivant acte du 3 décembre 1872, les enfants Friche se sont engagés envers

Digitized by Google

elle solidairement avec leur père, au paiement d'une somme de fr. 14,000, que par là ils ont renoncé, en sa faveur, à faire valoir leur hypothèque légale sur les immeubles que le dit acte affectait à la garantie de la dette, et qu'elle peut opposer cette renonciation ou cession de priorité soit de son chef, soit comme étant au lieu et place de Sébastien Schaller, devenu son débitenr aux termes d'une obligation hypothécaire du montant de fr. 12,500, souscrite le 7 fevr. 1876 (art. 1166 C. civ.);

3° que, lors de la vérification des créances, la demanderesse a produit, comme titre unique à l'appui de sa réclamation, l'acte obligatoire du 7 février 1876, et que c'est en vertu de ce titre seul qu'elle a été reconnue creancière et admise au passif de la faillite Schaller; que, d'un autre côté, sous la date du 27 juin 1876, son mandataire a donné main-levée pure et simple de l'inscription prise le 9 décembre 1872, pour sûreté du capital de fr. 14,000 dû par Théodore Friche et ses enfants, qu'elle est donc non recevable à invoquer de son chef le droit de priorité découlant de l'acte du 3 décembre 1872, droit qui n'a pu survivre à l'hypothèque définitivement éteinte;

4° que la demanderesse ne peut non plus l'invoquer du chef et comme étant aux droits de Sébastien Schaller; qu'en effet:

a. Schaller ne serait au bénéfice de la subrogation légale, prévue par l'art. 1251, n° 2 C. civ.; que s'il avait *payé* la Banque hypothécaire;

b. l'opération intervenue entre lui et la Banque hypothécaire, le 7 février 1876, ne constitue pas un paiement, mais une novation par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien (art. 1271, n° 2 C. civ.), — ce qui ressort de l'énoncé même des numéros 6 et 8 de la demande,

c. par l'autorisation de main-levée, postérieure à l'acte du 7 février 1876, la demanderesse a reconnu que Schaller n'avait pas été subrogé au bénéfice de l'hypothèque de 1872,

d. si même la subrogation s'était opérée au profit de Schaller, déclaré depuis lors en état de faillite, le droit de priorité, compris dans la masse, formerait le gage commun des créanciers du failli, et la Banque hypothécaire serait sans qualité pour l'exercer individuellement et dans son intérêt exclusif;

Digitized by Google

5° qu'il est incontestable, en présence des clauses précises de l'obligation du 7 février 1876, que cet acte — qui ne renferme aucune réserve quant à l'hypothèque de 1872 — devait seul faire règle pour la fixation du rang hypothécaire de la demanderesse.

Zur bernischen Civilprozeß-Novelle.

Vom Herausgeber.

Selten hat wohl eine Gesetzesvorlage so merkwürdige Wandlungen durchgemacht, wie der am 21. November 1881 dem Großen Rath des Kantons Bern unterbreitete Entwurf betr. „Abkürzung und Vereinfachung des Civilprozeß-Verfahrens", von welchem in dieser Zeitschrift Bd. 17, S. 686 ff., die Rede war. Aus den damaligen 15 Paragraphen, welche direkt und namentlich durch scharfe Disziplinar-Vorschriften, die z. Th. zu wenig überlegt waren, und daher in praxi nicht die erwarteten Früchte getragen hätten, auf strengere Durchführung der Grundsätze des bisherigen Verfahrens hinzuwirken suchten, ist eine Novelle geworden, die von den 403 §§ des geltenden Gesetzes vom Jahr 1847 nur etwa die Hälfte unberührt läßt und nicht nur dem Verfahren vielfach eine ganz neue Gestalt gibt, sondern auch die Grundprinzipien des Prozesses z. Th. ergreift und deßhalb schließlich mit Recht in das bisherige Gesetz eingearbeitet wurde, um der Volksabstimmung als „revidirtes Gesetz über das Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten", vorgelegt zu werden. Diese Umwandlung ist aber so wenig auf systematischem, planmäßigem, sondern auf äußerlich historischem Wege zu Stande gekommen, daß die Arbeit in ihrer jetzigen Form ohne Eingehen auf ihre historische Entstehung, auf die für ihre allmälige Ausgestaltung maßgebend gewesenen Motive und auf ihr Verhältniß zum bisherigen Gesetz, nicht begriffen werden kann.

In wesentlich erweiterter und umgeänderter Gestalt erschien der Entwurf zunächst vor dem Großen Rath im März 1882. Herr Brunner hatte sein im Wesentlichen schon im Jahr 1879

Digitized by Google

dem bern. Juristenverein vorgelegtes Programm (s. Bd. 16, S. 1 ff. dieser Zeitschrift) in Gesetzesform gebracht und mit einem Motivenbericht begleitet. Diesen Entwurf, dem sich der Regierungsrath anschloß und der im Wesentlichen vom Großen Rathe in erster Lesung im März 1882 angenommen wurde (Entwurf Brunner), haben wir zuerst zu betrachten.

I. Entwurf Brunner.

Ueber dessen Verhältniß zu dem seit 1878 vielfach diskutirten Entwurf einer neuen Prozeßordnung auf Grundlage der Mündlichkeit und der ständigen, juristisch gebildeten Bezirksgerichte von Oberrichter Moser sprach sich der Verf. in folgenden bemerkenswerthen Worten aus: „Wenn das Volk sich überzeugen muß, daß es den Juristen Ernst ist, diese alten Schäden, soweit möglich, ohne Zögern zu beseitigen, so wird bei ihm auch das Vertrauen in ihre weiterreichenden Pläne wieder zurückkehren, und dann erst kann die große Revision gelingen.

„Wir betrachten deßhalb die heutige Vorlage als eine Etappe auf dem Wege zu jener und insofern als eine Maßnahme von transitorischem Charakter, welche andauern wird, bis die erst noch im Embryo vorhandenen neuen Projekte Fleisch und Blut erhalten haben."

Die Hauptrevisionspunkte waren hinsichtlich des ordentlichen Verfahrens:

1. Hauptverfahren: Ersetzung der Termine durch richterlich festzusetzende Fristen. Die geltende Prozeßordnung, dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Mündlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen Ausdruck gebend, wollte, daß die Verhandlung vor dem Instruktionsrichter ordentlicherweise im ersten Termine bis zum Aktenschlusse oder bis zur Ausfällung des Beweisentscheides fortgeführt werde. „Diese Voraussetzung", sagt Brunner, „ist nicht eingetroffen. Es bedurfte daher, wenn nicht beide Parteien mit der außergerichtlichen Auswechslung der Prozeßschriften einverstanden waren" (welch letztere, beiläufig gesagt, regelmäßig entsetzliche Verzögerungen mit sich brachte) „weitere Termine, und deren Folgen waren

Digitized by Google

für den Anwalt nicht minder verhängnißvoll als für die Partei. Der Anwalt hatte das Vergnügen, seine beste Arbeitszeit mittelst Hin- und Herreisen behufs Terminbegehren zu verlieren, und die Partei mußte selbstverständlich ihren Anwalt für seine Zeitversäumniß und seine Reisekosten entschädigen. Widerwärtiger Zeitverlust für den Anwalt und unnöthige Kosten für die Partei, das ist die Signatur des heutigen Instruktionsverfahrens."

Um die volle Wahrheit zu sagen, müßte man beifügen, daß nicht alle Advokaten diesen Zustand als Mißstand empfanden und daß diese Reisen mit vier, fünf Terminsbegehren in verschiedenen von einem Advokaten geführten Prozessen am nämlichen Tage und Amtssitz gar nicht zu den gefürchtetsten Beschäftigungen mancher Herren gehörten. — Der Abänderungsvorschlag ging in dieser Beziehung dahin:

(§§ 133 ff.) Einreichung der Klage mit bisherigem Inhalt, jedoch ohne Ladung beim Gerichtspräsidenten in zwei Doppeln, wovon eines dem Beklagten zugestellt wird, das andere in Gerichtshanden verbleibt. Dem Beklagten wird eine 14- bis 30-tägige Frist zur Beantwortung eingeräumt. Langt innerhalb der Frist eine Klagebeantwortung ein (betr. Zwischengesuche, siehe unten), so untersucht der Richter, ob eine Replik zu gestatten sei. Dazu dient ihm das in seinen Händen verbliebene Klagdoppel, und nun kann er sofort den Schriftenwechsel schließen und die Parteien zur mündlichen Verhandlung über den Beweisentscheid vorladen. Langt keine Antwort und kein Zwischengesuch ein, so wird zum Aktenschluß geschritten und der Termin zur erstinstanzlichen Beurtheilung festgesetzt. (§ 155) Die erste Klagebeantwortungsfrist kann indeß vom Richter unter Kenntnißgabe an die Gegenpartei verlängert werden. Eine zweite Erstreckung findet nur nach Einvernahme des Gegners statt und dürfen die Kosten derselben nicht zur Hauptsache suspendirt werden. Beschwerde gegen Fristverweigerung des Richters hat keinen Suspensiveffekt (§§ 88 und 89). Die allfälligen vom Richter ferner gestatteten Rechtsschriften werden nach dem gleichen System gewechselt. Diese Grundsätze sind auch durch die seitherigen Umarbeitungen

Digitized by Google

unberührt geblieben. Nur wurde die Einreichung je eines weitern Nebendoppels jeder Parteischrift angeordnet, welches mit der Verfügung des Instruktionsrichters an die einreichende Partei zurückgeht und zu ihrer Aktensammlung kommt. Dafür wurden die zu den Gerichtsakten gelangenden Schriften stempelfrei erklärt (§ 109). Es wird hier natürlich vorausgesetzt, daß der Gerichtspräsident sich von Anfang an mit dem Prozeßstoffe gehörig vertraut mache; denn nur so wird er die Zahl der zu gestattenden Schriftsätze und die Dauer der Fristen richtig bemessen können; es wird ihm überhaupt die Stellung des bundesgerichtlichen Instruktionsrichters zugewiesen, und es ist nur zu hoffen, daß ihm demgemäß auch diejenige Rücksicht entgegengebracht werde, welche seiner größern Verantwortung gebührt.

Die in § 149 aufgenommene Vorschrift aus dem Abschnitt der deutschen Civilprozeßordnung von der mündlichen Verhandlung, daß Thatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten sind, doch als verneint gelten sollen, wenn die Absicht der Bestreitung aus den übrigen Erklärungen des Beklagten hervorgeht, paßt durchaus nicht auf das artikulirte schriftliche Verfahren, wo jede Behauptung einen für sich dastehenden Theil der Rechtsschrift ausmacht nnd eine Präsumtion nur für das Zugeständniß, nicht auch für die Bestreitung aufgestellt werden kann. Der von Hrn. Brunner gerügte Formalismus ist hier am Orte und dient zur Abschneidung von Streitigkeiten, die ohne Zweifel bei der vorgeschlagenen Bestimmung zu sehr unerquicklichen Erörterungen in den Akten führen und nicht zur Verkürzung der letztern dienen werden.

Ein in der später zu erwähnenden Kommission gestellter Antrag, dem Instruktionsrichter das Recht zur Zurückweisung unklarer oder mit unnöthiger Weitschweifigkeit abgefaßten Rechtsschriften einzuräumen, wurde nicht angenommen.

2. Beweisverfügung. Im geltenden Gesetz ist das interlokutorische Beweisdekret als Grundlage des Haupturtheils gedacht und deßhalb theilweise der Rechtskraft fähig, bezw. der Appellation unterworfen. Dies ist insbesondere der Fall hinsichtlich

Digitized by Google

der Vertheilung der Beweislast, der Zulässigkeit der Beweismittel und der Feststellung des Beweisthema's, letzteres soweit es sich um den Ausschluß von Thatsachen handelt. Daneben soll der Beweisentscheid den status causæ et controversiæ nach allen Seiten zur Anschauung bringen, wie er sich aus den Rechtsbegehren, Behauptungen und Zugeständnissen der Parteien im Hauptverfahren herausgestaltet hat. Die Praxis ist auch hierin hinter der Absicht des Gesetzgebers ganz wesentlich zurückgeblieben. Statt die wirklich zwischen Parteien noch streitigen Klags-, Einrede- und Widerklagspunkte durch Combination der oft viel zu zahlreichen Schlüsse und nöthigenfalls durch Anwendung der Fragerechts präzis festzustellen, begnügte man sich meist damit, diese Schlüsse in der Reihenfolge der Rechtsschriften nacheinander abzuschreiben, so daß der urtheilende Richter oft noch eines besondern Vorstudiums bedurfte, um zu wissen, welche Punkte eigentlich noch streitig seien. Für diese Praxis konnte man sich allerdings mit einigem Schein auf den Wortlaut des § 295 stützen, wonach das Gericht die zu entscheidenden Streitfragen „aus den Anbringen und Schlüssen der Parteien" entnehmen soll. Diese Arbeit hatte aber der Beweisentscheid zu erleichtern, soweit die Schlüsse im Lauf des Hauptverfahrens sich modifizirt hatten, der Streitgegenstand also genauer präzisirt worden war. — Dem Zwecke der übersichtlichen Feststellung des Behauptungsstoffes diente die Zusammenstellung der zugestandenen und der als unerheblich erklärten Thatsachen; die Vollständigkeit des Beweisdekrets konnte mit Leichtigkeit kontrolirt werden, da sich jeder Artikel der Parteivorträge unter einer der vier Rubriken vorfinden mußte.

Unzulänglich sind allerdings die gegenwärtigen Bestimmungen, weil sie aus dem Beweisentscheid ein Zwitterwesen machen; aber auch die Praxis der Advokaten und Gerichte hat redlich dazu mitgeholfen, dieses Institut unseres Prozesses zu depopularisiren: erstere indem sie es an der nöthigen Bestimmtheit und Klarheit ihrer eigenen Anbringen, sowie der Erklärungen über die thatsächlichen Anbringen des Gegners theils absichtlich, theils unabsichtlich fehlen ließen oder aber eine wahre Fluth von

Digitized by Google

unnöthigen Verneinungen versetzten; letztere indem sie durch Aushebung ganz unerheblicher Thatsachen zum Beweise die Ansicht beförderten, als sei die Feststellung des Beweisthema's im Grund Sache der Parteien. Gerade hierin wollte aber die P.-O. von 1847 den frühern Prozeß reformiren. Allein die Instruktionsrichter wie der Appellhof scheuten sich vielfach, bei der Feststellung des Beweisentscheides „über die Hauptsache, die Rechtsfrage, sich auszusprechen, derselben zu präjudiziren" u. s. w., und das Gesetz verführte einigermaßen zu dieser Ansicht, weil es über die Frage des Beweisthema's, oft gerade die entscheidende für den ganzen Prozeß, keine mündlichen Vorträge zuließ und keine Motivirung vorschrieb. In neuester Zeit schien sich der App.- und Kass.-Hof einer andern Ansicht zuzuneigen (Z.-Sch. XVII 69). Wo es sich aber um weniger eklatante Fälle handelt, wird die gegenseitige Toleranz ohne Zweifel fortpraktizirt. — Es war die Idee von Moser (siehe Bericht des Obergerichts an den Großen Rath, vom 5. Mai 1879, Z.-Sch. XV, 1 ff., am Schluß), den Beweisentscheid als nicht appellabel zu erklären; er wollte ihn aber durch die erstinstanzlich urtheilende Behörde feststellen lassen. Das war wenigstens logisch und konsequent: das urtheilende Gericht hätte eine Vorprüfung der Sache vorzunehmen und auf Grund derselben einen für diese Instanz, resp. für sein dereinstiges Urtheil in der Hauptsache bindendes Beweisdekret zu erlassen gehabt. Freilich litt der Vorschlag an praktischen Unzukömmlichkeiten: einmal erforderte er eine Aktenzirkulation beim Amtsgericht, somit einen Zeitverlust, und der amtsgerichtliche Beweisentscheid war ganz unnöthig, wenn beim Aktenschluß die Parteien sich für Umgehung des erstinstanzlichen Urtheils erklärten; sodann ist die Zumuthung an Laienrichter eine zu große, den Prozeß schon jetzt vom Standpunkt seiner möglichen Beweisergebnisse aus zu überblicken und die Rechtssätze für alle die kumulativ vorgebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel ausfindig zu machen. Sagt doch schon Rheinwald, die Aufstellung des Beweisentscheides gehöre zu den schwierigsten Obliegenheiten des Richters, und die Erfahrung scheint seit 35 Jahren dahin zu gehen, daß nur wenige Gerichtspräsidenten sich derselben wirklich gewachsen zeigten. — Aber als

Digitized by Google

weit größer müssen wohl die Nachtheile des nun vorgeschlagenen Systems angeschlagen werden. Der Gerichtspräsident soll in einer für das Amtsgericht bindenden Weise das Beweisthema feststellen; nur die obere Instanz ist befugt, ergänzende Beweisaufnahme zu veranlassen (§§ 173 ff.). Setze man nun den nicht so ganz seltenen Fall, wo der Gerichtspräsident die Klage nicht schlüssig, die sämmtlichen Klagthatsachen für ungenügend zur Begründung der Rechtsbegehren findet und den Beweis abschlägt. Der Beklagte kann, sofern die Sache nicht in letzter Instanz dem Bundesgericht untersteht, die Beurtheilung durch das Amtsgericht erzwingen. In welche Lage gerathen hier die Beisitzer am Amtsgericht! — in welche der Präsident selbst, wenn er hier eines Irrthums sich bewußt oder überführt wird! Das Urtheil ist nun schon gegeben und die Klage muß abgewiesen werden, entgegen der Ueberzeugung vielleicht sämmtlicher Urtheiler. So grell wird nun die Sache selten praktisch vorkommen, zumal der eigensinnige Beklagte vielleicht nach dem neuen § 47 wegen „augenscheinlich unnöthiger Weitläufigkeiten" zu den Terminskosten verurtheilt werden kann; aber in ähnlicher Weise können sich die Uebelstände zeigen, wenn über irgend eine Klage oder Vertheidigungsthatsache der Beweis abgeschlagen worden ist, deren Erheblichkeit denn doch bei der amtsgerichtlichen Beurtheilung zu Tage tritt. Und doch ist gerade die Abkürzung und Vereinfachung des Beweisverfahrens Zweck des Reformvorschlages! Mit dem bundesgerichtlichen Prozeß kann hier nicht argumentirt werden; denn das Bundesgericht ist befugt, die vom Instruktionsrichter abgeschlagenen Beweise nachholen zu lassen; das Amtsgericht soll diese Befugniß nicht haben. Der Präsident wird, um seinen Kollegen eine unangenehme Situation zu ersparen, auch solche Thatsachen zum Beweise zulassen, die nach seiner Ansicht unerheblich sind, und so wird praktisch wenig oder nichts gewonnen sein. —

Bei seiner Berichterstattung im Gr. Rathe, am 8. März 1882, (Tagblatt S. 150) ging Hr. Brunner so weit, daß er dem Gerichtspräsidenten das Recht einräumte, die ihm liquid scheinenden Einreden sofort als bewiesen anzusehen und darauf hin den Beweis der Klage-, Thatsachen abzuschlagen, z. B. wenn aus den

Digitized by Google

Urkunden die Begründetheit der Verjährungseinrede sich ergab. Allein die Prüfung des Inhalts der Urkunden, die Ausführung des Urkundenbeweises findet nach unserm Prozeß erst vor dem urtheilenden Gerichte statt, nicht schon bei Ausfällung des Beweisentscheides im ordentlichen Verfahren. Der Gerichtspräsident muß alle Thatsachen zum Beweis ausheben, welche, sei es in erster Linie oder eventuell, den Klage- oder Einredeschluß zu begründen vermögen. Dagegen hat er nicht zu fragen, ob eine Thatsache nach den vorgelegten Beweismitteln, die er einstweilen nicht zu prüfen hat, wahrscheinlich oder liquid sei.

Der Vortheil, welchen Hr. Brunner in seinem System zu erblicken glaubte, daß die Auswüchse der Eventualmaxime dadurch beschnitten werden könnten, ist daher unseres Erachtens illusorisch.

Ein Ausnahmefall, für welchen die Appellation über den Beweisentscheid zugelassen werden mußte, ist schon in der ersten Berathung von Hrn. Eggli als damaligem Oberrichter in das Gesetz gebracht worden, ein anderer wurde später von der Kommission beigefügt, so daß § 173 nunmehr lautet:

„Gegen den Beweisentscheid des Richters findet in der Regel keine selbständige Appellation statt und es ist derselbe für das erstinstanzliche Gericht maßgebend. Nur ausnahmsweise, wenn die Zulässigkeit der Eideszuschiebung bestritten, sowie wenn behufs Beurtheilung einer Beweiseinrede auf einen Ergänzungseid erkannt wird, sind die daherigen Streitfragen vor Anordnung des Beweisverfahrens endgültig zu erledigen. Die Appellation muß in diesem Falle sofort erklärt werden" u. s. w.

In die Verhandlung über den Beweisentscheid wurde später die im Brunner'schen Entwurf unter § 189 a proponirte, gegen frivole Verneinungen gerichtete Bestimmung, in einer etwas weniger inquisitorischen und zugleich allgemeineren Fassung aufgenommen (§ 171, Abs. 2 der neuesten Vorlage), und anläßlich der im März 1883 stattgehabten Redaktionsarbeiten auch noch der Zusatz beigefügt: „Bei Streitigkeiten übe. die Richtigkeit einer Rechnung, Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Ver-

Digitized by Google

hältnisse, hat der Richter das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen und durch Befragung derselben den Sachverhalt aufzuklären. Das Ergebniß der Verhandlung ist im Beweisentscheide festzustellen."

3. Verfahren bei Vor- und Zwischenfragen. Es soll dem Uebelstand abgeholfen werden, daß der Kläger mit dem Inzidentalbegehren des Beklagten, überhaupt die Partei, gegen welche ein präparatorisches oder Zwischengesuch erhoben wird, zur Beantwortung desselben nicht sofort gerüstet sei und ihr deßhalb ein fernerer Termin zu ihrer Vertheidigung bewilligt werden müsse. Das Gesetz glaubte diesem Uebelstand durch die vorherige Ankündung des Gesuches (§ 86) zuvorzukommen. Der Entwurf (B. § 142 a) verlangt, daß mit dem Gesuch auch die dasselbe begründenden Thatsachen und die Beweismittel angegeben werden sollen, „gleich wie bei der Vindikationsklage im Vollziehungsverfahren und unter eventueller Androhung der Terminskosten" (vide Brunner's Referat im Gr. Rath). In der definitiven Redaktion ist der obige Zusatz weggeblieben; aus der in § 143 enthaltenen Androhung der Verurtheilung zu den Terminskosten, welche die exzipirende Partei treffen sollen, wenn wegen Unterlassung oder Unvollständigkeit der bezüglichen Angaben die Verhandlung nicht zu Ende geführt werden kann, ergibt sich die Verpflichtung zur Verbindung dieser Angaben mit dem Vorladungsbegehren. Für den Fall, wo ein eigentliches Zwischengesuch im Sinne des § 142 vorliegt, hat diese Neuerung einen praktischen Nutzen, insofern der Gerichtspräsident hier erst den Termin zur mündlichen Verhandlung festsetzt, durch welche der Schriftenwechsel im Hauptverfahren unterbrochen wird, und hiebei auf die Bedürfnisse der Vertheidigung Rücksicht nehmen kann. Das bezügliche Verfahren ist in der neuesten Vorlage der Justizdirektion (§§ 140 ff) näher geordnet und namentlich die Wiederholung der bereits im Schriftsatz enthaltenen Anbringen im bezüglichen Protokoll untersagt. Eine solche Wiederholung pflegte nämlich gerade bei dem Vindikationsverfahren gewöhnlich vorzukommen. Die Beweisverfügung in derartigen Streitigkeiten ist im nämlichen Sinne definitiv, wie das Beweisdekret in der Hauptsache, und es findet

Digitized by Google

hierdurch die bekannte bisherige Kontroverse (Z.-Sch. Bd. XIII ff.) ihre definitive Erledigung. —

Die Erfahrung wird erst zu zeigen haben, ob es unsern gegenwärtigen Gerichtspräsidenten gelingen wird, das mündliche Verfahren in diesen Streitigkeiten zur Wahrheit zu machen und deren Zersplitterung in eine größere Anzahl von Terminen zu verhindern.

4. Beweisführung. Der B.'sche Entwurf wollte hier nur folgende Abänderungen treffen:

a) Freie Würdigung des Expertengutachtens und Beseitigung unnöthiger Oberexpertisen;
b) Zulassung von Geltstagern und Bevogteten als verdächtige Zeugen;
c) Aenderung der Eidesformel;
d) Verminderung der Fälle, wo Vertretung bei der Eidesleistung zulässig ist.

ad a) Die Kritik der Expertengutachten durch die Parteianwälte war bisher eine, obschon undankbare, doch sehr beliebte Aufgabe, wobei oft ganz unerwartete technische Kenntnisse von den HH. Juristen entwickelt wurden. Nach dem Entwurf sollte nun diese Seite ihrer Thätigkeit auch mit Erfolg gekrönt werden können, und es hätte sonach das Gericht sich ebenfalls mit den nöthigen technischen Kenntnissen vertraut machen sollen. — In Wirklichkeit kann ein derartiges Befinden nur dann richtig korrigirt werden, wenn eine irrige Auffassung oder Ausdrucksweise durch mündliches Befragen der Aussteller selbst von Seiten des Gerichts zu Tage gefördert wird. Eine solche kontradiktorische Verhandlung mit den Experten sieht der letzte Entwurf (§ 190, Abs. 2) vor. Dabei wäre es übrigens geboten, der mißbräuchlichen Anwendung von Expertenbeweisen überhaupt den Riegel zu schieben; denn wenn der Richter auch nicht in allen Künsten und Wissenschaften erfahren sein kann, so sollte man ihm doch die Kenntniß der 4 Spezies zutrauen, und nicht über die Frage, ob da oder dort Spuren eines Weges existiren, oder ob ein Thor breit genug sei, um mit einem Wagen durch dasselbe zu fahren und dgl., gleich eine Expertise ver-

Digitized by Google

langen. — Was den Mißbrauch mit den Oberexpertisen betrifft, so hätte eine energische Praxis schon längst damit aufgeräumt; die „ausnahmsweise" Gestattung des Entwurfs ist durch die spätere Redaktionskommission beseitigt und dafür die Bedingung gesetzt worden, „wenn (die obere Instanz) das in erster Instanz aufgenommene Gutachten für ungenügend hält."

ad b) Der Ausschluß der bürgerlich Ehrlosen vom gerichtlichen Zeugniß beruht nicht, wie nach dem Referat im Großen Rath geglaubt werden sollte, auf ihrer präsumtiven Unfähigkeit die Wahrheit zu sagen, sondern auf dem altdeutschen Ehrbegriff: wer von Ehr und Gewehr gesetzt, der bürgerlichen Ehrenfähigkeit beraubt ist, darf nicht vor Gericht erscheinen; und insbesondere kann ein Bescholtener nicht „durch seine Rede einem Ehrenmann etwas nützen oder schaden". — Diese strenge Auffassung entspricht allerdings nicht mehr den heutigen Begriffen und wird daher mit Recht beseitigt.

ad c) Die Ersetzung der religiösen Formen bei Abnahme des Eides durch bürgerliche war durch die Bundesverfassung geboten und von verschiedenen Seiten seit langem postulirt. Der Entwurf B. war noch nicht zu einem bestimmten Redaktionsvorschlage gelangt. Die Redaktionskommission hat die Formel aufgestellt: „Ich versichere auf meine Ehre und mein Gewissen" (§ 255) nebst dem althergebrachten aber selten verstandenen Schlusse „ohne Gefährde" (sine dolo was freilich ursprünglich mit periculum zusammenhängt), verbunden mit einem Handschlag an den Richter, wie er in der Rechtssitte des Handgelübdes schon sonst vielfach bei uns gebräuchlich ist. Daß eine solche Versicherung nicht Eid genannt zu werden verdiene, vermochte die Kommission nicht einzusehen. Das höchste Gut des Menschen als eines irdischen Wesens, seine Ehre, wird zum Pfand gesetzt, und die innerste Quelle der Wahrheit, das Gewissen angerufen; außerdem erinnert der Richter an die Strafen des falschen Eides. Für den promissorischen Eid der Sachverständigen ist die Formel „ich gelobe" u. s. w. vorgeschlagen, die nun auch für die verschiedenen Amtseide des öffentlichen Rechts eingeführt werden sollte. Damit glaubte man die so delikate

Digitized by Google

Eidesfrage in einer der Glaubens- und Gewissensfreiheit adäquaten Weise gelöst und hielt die Mißstände, die sich in verschiedenen Staaten ergeben, wo man noch nicht zu voller Klarheit durchgedrungen zu sein scheint, für beseitigt. Der Große Rath war anderer Ansicht. Kein Punkt der Vorlage hat unsere Volksvertreter so lange und eingehend beschäftigt, wie die Frage der Benennung und Normirung der bisherigen Prozeßeide, und nach gewalteter Diskussion wurde dieselbe am 2. Februar 1883 an die vorberathenden Behörden zurückgewiesen. Zu notiren ist die von einem Juristen gethane Aeußerung (Tagbl. S. 76): „Ich halte die Frage, ob man den Namen Gottes (in die Eidesformel) aufnehmen will, oder nicht, für so verhängnißvoll, daß das Gesetz bei der Abstimmung unter Umständen das Schicksal des Schulsekretärs theilen könnte. Nach meiner Ueberzeugung ist die Volksanschauung, daß der Name Gottes in der Formel erscheinen soll, so tief begründet, daß das Volk sich nur schwer zu einer andern Ansicht bekehren wird." — Wenn dieser Kassandraruf Recht behalten sollte, so müßte in dem Ergebniß weniger ein Zeichen wahrer Religiosität des Volkes, als ein Beweis tief eingewurzelten staatskirchlichen Bewußtseins und einer so frivolen als selbstsüchtigen und gefühllosen Auffassung erblickt werden, wonach dem Staate und jeder Prozeßpartei das Recht zustände, über das innerste Heiligthum des Einzelnen, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, zu verfügen. Mit großer Energie weist Pfarrer Trechsel*) die Schriftwidrigkeit des Schwörens in bisheriger Weise nach und sagt: „Fürwahr, ist der Eid noch ein Band zwischen Staat und Kirche, so doch kein Segen für unser Volk." — Der Vielen anstößige Name „Eid" ist nun bei der Schlußredaktion ersetzt worden durch „Gelübde", mag sich der Sprachgebrauch dagegen wehren wie er will; das „Volksgemüth" soll sich doch nicht mehr beleidigt fühlen.**) Eine nicht unwichtige Neuerung enthält ein bei diesem Anlaß in § 258 eingeschobener Zwischensatz, wonach die nicht direkt auf den Beweissatz bezüg-

*) Der Eid. Ein Appell an das Gewissen des Berner Volks. Im Auftrag der Predigergesellschaft veröffentlicht. Bern, Stämpfli, 1878.

**) Während des Druckes hat sich der Gr. Rath in 1zeter Lesung wieder für das Wort „Eid" erklärt.

Digitized by Google

lichen Aussagen, überhaupt solche Aeußerungen, welche eine bestimmte Ableugnung Seitens des Delaten, oder eine bestimmte Bejahung Seitens des Relaten mit Bezug auf den Beweissatz nicht enthalten, vom Gericht nach freiem Ermessen gewürdigt werden sollen. Dahin führte einerseits die Betrachtung, daß unser Prozeß, um die ehemals häufigen Incidentalstreitigkeiten über die „Normirung der Eidesformel", oder, (um mit dem deutschen Prozeßrecht zu reden) die „Formulirung der Eidesnorm", d. h. des Satzes dessen Wahrheit oder Nichtwahrheit zu beschwören ist, zu beseitigen, die Partei gleich einem Zeugen abhören läßt und damit gleichsam eine eidliche Parteienvernehmung eingeführt hat. In der Praxis wurde aber alles dasjenige, was in der Parteiaussage über den Beweissatz hinausging oder ein bestimmtes Wissen, resp. Nichtwissen desselben nicht enthielt, vom Gericht gar nicht berücksichtigt, oft auch förmlich aus dem Protokoll eliminirt, und hievon nur etwa bei dem Nichtwissenseide des Relaten eine Ausnahme gemacht. Dies schien der Kommission mit Sinn und Geist unserer P.-O. nicht völlig im Einklang zu stehen, noch weniger aber mit dem, wie unten zu erwähnen, nunmehr einzuführenden Grundsatz freier Beweiswürdigung.

ad d) Der Mandatar und der Auctor des Delaten werden als dritte Schwörperson gestrichen. Im Gr. Rath wurde diese Neuerung von Praktikern besonders urgirt. — Die Bedenken welche Riggeler gegen diese Streichung erhob, erscheinen aber durchschlagend. Die Aussage der Partei kann in solchen Fällen immer nur in einer Deklaration des Nichtwissens bestehen; denn es steht ja nicht ihr eigenes Faktum in Frage; demgemäß muß sie auch beschwören daß sie sich ernstlich beflissen habe, die Wahrheit zu erforschen u. s. w., und an wen anders als an den Bevollmächtigten oder an den Rechtsvorfahr soll sie sich zu diesem Behufe wenden? — Doch nicht an die Gegenpartei!? Sie wird also die Angaben des betheiligten Dritten reproduziren müssen, und wenn derselbe, um seine Verantwortlichkeit zu decken, unwahre Angaben macht, so ist zwar der Delat gerettet, aber die materielle Wahrheit unterdrückt; macht er wahre, aber

Digitized by Google

dem Delaten nachtheilige Mittheilungen, so ist letzterer der Versuchung ausgesetzt, dieselben zu verschweigen. Als Zeugen konnte der Geschäftsherr nach der Praxis des App.- und Kass.-Hofes bisher solche unmittelbar interessirte Bevollmächtigte (wie z. B. Handlungsreisende, wenn der Inhalt der Bestellung streitig war) nicht verwenden.*)

5. Das amtsgerichtliche Urtheil kann auf den Antrag auch nur Einer Partei umgangen werden, wenn die Sache der bundesgerichtlichen Endentscheidung unterliegt (§ 268, Abs. 3). Hier thut die schriftliche Prozeßinstruktion als unabänderliche Grundlage des Urtheils ihre guten Dienste, und die Kantone mit mündlichem Verfahren vor dem urtheilenden Gerichte sind hier in das Dilemma versetzt, entweder das kantonale Obergericht umgehen zu müssen, oder die ganze Instruktion vor die Schranken des letztern zu verlegen, wenn sie nicht die dreifache Instanz zulassen wollen. — Mit diesem Vorschlage wird also Jedermann einverstanden sein.

Weniger einstimmig wird die Bestellung des Gerichtspräsidenten zum Referenten im Amtsgericht gebilligt werden. Die Stellung der Amtsrichter wird dadurch nur scheinbar erleichtert; in Wirklichkeit kommt ein gewissenhafter Beisitzer in die unangenehmste Lage. Noch unhaltbarer wird aber die Stellung des Präsidenten, wenn er sich im Verlaufe der Diskussion eines bessern belehren lassen muß.

6. Appellation.

Dieselbe sollte nach Entw. B. aufgehoben werden:

a) Für Streitigkeiten deren Gegenstand zwischen L. 200 a. W. und Fr. 600 liegt, einschließlich der Immobiliar- und Erbschaftsstreitigkeiten innerhalb dieser Werthgrenzen; bei dinglichen Rechten an Liegenschaften findet ein Schätzungsverfahren statt im Sinne des deutschen Prozesses. Dadurch soll verhindert werden, daß über blumentopfgroße Waldparzellen in entlegenen Schluchten Tausende von Franken „verprozedirt"

*) Diese Schwierigkeiten würden nun infolge der weiter unten zu erwähnenden Beseitigung des Ignoranzeides wegfallen.

Digitized by Google

werden. Dieser für den Bauernstand so wichtigen Neuerung wurde im Gr. Rath nicht das vom Referenten der Kommission erwartete Interesse entgegengebracht, sondern sie wurde stillschweigend genehmigt;

b) für den Beweisentscheid, der Regel nach. Sie wird ohne mündliche Verhandlung vor der obern Instanz erledigt (sofern diese eine solche nicht anordnet), wenn es sich um Rechts- und Schuldversicherungsfragen (§ 54), um Beweisverfügungen (§ 173), Beweiseinreden (§ 213) handelt.

B. Die besondern Verfahren.

1. Das Verfahren vor Amtsgericht mit endlicher Kompetenz des letztern wurde auf Streitwerthe bis zu Fr. 600 ausgedehnt. Die schon vom bestehenden Gesetze vorgeschriebene reine Mündlichkeit ist nur sehr ausnahmsweise, z. B. im Amtsgericht Bern, zur Wahrheit gemacht worden; im Allgemeinen wurde das gerade Gegentheil von demjenigen praktizirt, was Rheinwald in seiner Anmerkung zu § 299 forderte, wenn er sagte: „Es ist klar, daß wenn dieses summarische Verfahren seinem Zwecke entsprechen soll, keine Diktaturen mehr stattfinden dürfen, sondern die Parteien zu freien mündlichen Vorträgen angehalten werden müssen. Dieses nöthigt aber unbedingt, tüchtige Gerichtsschreiber anzustellen, indem, wo dieses nicht geschehen, und das alte Diktirunwesen beibehalten werden sollte, das Verfahren noch weit zweckwidriger als das bisherige sein würde." Daher der Brunnersche Vorschlag, in nicht appellabeln amtsgerichtlichen Sachen die Protokollirung der thatsächlichen Anbringen zu verbieten, in appellabeln Ehe- und Vaterschaftsstreitigkeiten sie unter die ausschließliche Leitung des Präsidenten zu stellen. Dafür wird dann die das Verfahren einleitende Ladung zu einem die Thatsachen und Beweismittel anführenden Schriftsatze gestaltet und das persönliche Erscheinen der Parteien gefordert. Sehr treffend wies Hr. Br. bei Begründung dieses Vorschlages darauf hin, wie ein direkter Verkehr zwischen Gericht und Parteien ein essentiale des mündlichen Verfahrens sei, und es als eine Vorbereitung auf die künftige prinzipielle Durchführung des Systems

Digitized by Google

der Mündlichkeit gelten solle, wenn wenigstens in beschränkter Anwendung dieß ermöglicht werde.

Im Verlaufe der Diskussion (Sitz. d. Gr. R. v. 8. März 1882) schlug Hr. Oberrichter Zürcher vor, die kraft § 45 Ger.-Org. in das amtsgerichtliche Verfahren gewiesenen ehemaligen Konsistorialsachen grundsätzlich dem ordentlichen Verfahren zu unterstellen. Der Antrag wurde in dem Sinne berücksichtigt, daß für Ehescheidungssachen neue Bestimmungen zu treffen seien, was die spätere Redaktionskommission gethan hat (§§ 297—299 letzt. Entw., siehe hienach).

2. Bei Appellation über provisorische Verfügungen und Provokationsurtheile kann der App.- und Kass.-Hof ohne Parteivorträge entscheiden; d. h. wohl sie sollen ordentlicherweise als „Justizgeschäfte" behandelt werden, wobei die Circulation der Akten wegfällt; in diesem Sinne sprach sich auch der Verfasser des Entwurfs im Gr. Rath aus (Tagbl. 1882 S. 163).

3. Das Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten in s. g. Kompetenzstreitigkeiten bleibt unberührt, mit Ausnahme des Kostenmaximums, welches nach oben abgerundet ist. Die Redaktionskommission hat dann auch das Erforderniß des Sühneversuchs, welches irrigerweise kontrovers geworden war, definitiv beseitigt.

C. Einzelne Abänderungen.

Es wird Sache eines eigentlichen Kommentars sein, eine Menge von untergeordneten Korrekturen zu erklären, welche im Verlauf der Arbeiten sich nöthig erwiesen. Wir beschränken uns hier auf Erwähnung der wichtigsten Punkte. Als solche dürften erscheinen:

1. Uebertragung der Disciplinaraufsicht über die Advokaten wegen Prozeßvergehen an den Appellations- und Kassationshof, statt des Obergerichts in pleno (§ 45).

2. Möglichkeit theilweiser Kostenauflage an die obsiegende Partei wegen unnöthiger Weitläufigkeiten oder Ablehnung von Vergleichsvorschlägen (§ 47). Damit in Verbindung:

Digitized by Google

Protokollirung solcher Vergleichsvorschläge im Sühneverfahren (§ 120).

3. Möglichkeit theilweiser Reform, gemäß dem eidgenössischen Civilprozeß (§§ 70 und 72). Wir fragen uns nur, ob dieses Rechtsmittel nicht von säumigen Parteien dazu benutzt werden wird, um kostenfrei die Folgen einer Säumniß, z. B. die Unterlassung rechtzeitiger Eingabe einer Rechtsschrift gut zu machen.

4. Aufhebung des Suspensiveffekts der Beschwerde (§ 90, vgl. 368).

5. Fakultative Einführung postalischer Zustellungen, bedeutend erweitert durch die Redaktionskommission (§ 80).

6. Verbesserung des Restitutionsverfahrens in folgenden Punkten (§ 101):

a) Die wieder eingesetzte Partei muß die versäumte Vorkehr spätestens bei der Wiedereinsetzungsverhandlung nachbringen (so die deutsche C.-P.-O. § 214);

b) die Kosten können auch in den Fällen, wo die Restitution gestattet wird, der restituirten Partei auferlegt werden;

c) die Bestimmung über Kostenauflage an den säumigen Anwalt ist bestimmter gefaßt, um eine bisherige mildere Interpretation auszuschließen.

7. Das Fristverlängerungs- und „Verschiebungs"-Verfahren, ein Haupt- und Krebsübel unseres Prozesses, ist einigermaßen geregelt in §§ 89—91. — Es ist dieß, in Verbindung mit den nicht zu umgehenden konventionellen Zeitbestimmungen, welch' letztere auf Anregung der HH. Fürsprecher Müller und Reichel*) im definitiven Entwurf (§ 89) ausdrücklich aufgenommen und der richterlichen Bestätigung unterworfen sind, ein allen auf der Verhandlungsmaxime basirten Prozeßordnungen gemeinsamer Fehler. Das Interesse der Parteien, speziell des Klägers, an möglichst rascher Prozeßführung, geräth hier in Kollision mit den ge-

*) Diese Herren, sowie Hr. Fürsprech Häberli und Hr. Gerichtspräsident Wyttenbach hatten der Justizdirektion verdankenswerthe Wünsche und Bemerkungen eingereicht.

Digitized by Google

schäftlichen, oder anderweitigen Verhältnissen der Anwälte und den kollegialischen Beziehungen zwischen letzteren. Zur theilweisen Abhülfe bieten sich zwei Mittel dar: entweder man läßt die Parteien persönlich ein Wort mitreden, oder man stellt ein Maximum der zulässigen Verlängerungen und Verschiebungen auf. Ersteres Mittel ist aber inquisitorisch und stört das zwischen Anwalt und Partei bestehende Vertrauensverhältniß: letzteres ist von der Kommission für Begutachtung der Moser'schen Entwürfe angenommen worden, indem ein drittmaliges Gesuch um erneuerte Zeitbestimmung als absolut unzulässig erklärt wurde. Ohne ein solches Radikalmittel dürften wohl in gewissen Bezirken die bisherigen Zustände keine wesentliche Besserung erfahren. Wir haben es hier mit sehr starken Verhältnissen und sehr schwachen Menschen zu thun.

8. Gesetzliche Ergänzung mangelhafter Kompromißklauseln in Verträgen (§ 374), etwas umgearbeitet im definitiven Entwurf (§§ 371 ff.).

II. Die Kommissionsarbeiten zwischen der 1. und 2. Berathung.

Aus der ersten Berathung waren zunächst einige Punkte zur nähern Regelung zurückgeblieben, so die Frage der Eidesformel, die Normirung des Ehescheidungsprozesses infolge Antrags Zürcher, die wichtige Frage ob die „Entlastung des Appellations- und Kassationshofes", welche von den HH. Mitgliedern des Gerichtshofes wie vom Verf. des Entwurfs gleich sehr urgirt worden war, mehr im Sinne des letztern auf dem Wege der Kompetenzerhöhung für die untern Gerichte, oder durch das Mittel der Theilung des Gerichtshofs in 2 Senate, wie vom Obergericht schon im Jahre 1879 vorgeschlagen, anzustreben sei. — Ferner hatte der Gr. Rath in seiner Aprilsession 1882, der letzten jener Amtsperiode, einen Anzug des Hrn. Moschard, betreffend das bisher übliche Kontumazialverfahren gegen Personen, welche die s. g. Audienzgebühr nicht zahlen konnten, in dem Sinne erheblich erklärt, daß die Bestimmungen über das Armenrecht im Prozeß zu revidiren seien. Endlich hatte Hr.

Digitized by Google

Prof. Dr. E. Vogt auf Veranlassung der Justizdirektion einen Bericht über die Frage ausgearbeitet, welche Punkte des C.-P. durch das eidg. Obligationenrecht berührt würden. Im Laufe des Sommers trat Oberrichter Eggli in den Regierungsrath und nahm als Justizdirektor die Arbeiten auf dem Gebiete der Justizgesetzgebung energisch an die Hand. Im November 1882 trat eine aus Mitgliedern des Obergerichts, der juristischen Fakultät, sowie den HH. Regierungsrath Dr. Gobat und den Nationalräthen Niggeler und Brunner zusammengesetzte Kommission unter dem Präsidium des Justizdirektors zusammen und behandelte zunächst das s. g. Zweikammersystem. Auf Grund von vorgelegten Tabellen ergab sich nämlich zur Evidenz, daß die in Aussicht genommene Erhöhung der Appellationssummen auf Fr. 600 für amtsgerichtliche, auf Fr. 300 für einzelrichterlich zu beurtheilende Streitigkeiten die gehoffte Erleichterung nicht bringen würde. Folgende Zahlen mögen übrigens hier Platz finden: Während in den Jahren 1871 bis 1875 das Total der „eingelangten Civilgeschäfte" sich zwischen 184 und 220 bewegt hatte, stieg es in der zweiten Hälfte des nämlichen Decenniums auf 325, im Jahr 1881 gar auf 355; die Justizgeschäfte nahmen in dem gleichen Jahrzehnt um 50 % zu. Die Hauptzunahme besteht dabei nicht in Streitigkeiten von geringerem Belang, sondern es sind meist solche von über Fr. 500. — Die Kommission einigte sich daher sehr bald auf einen Entwurf im Sinne der Zweikammertheilung, jedoch nur als einer vorübergehenden Maßnahme und mit dem Vorbehalt, daß wenn es sich um Rechtsfragen handle, die nicht vor Bundesgericht gezogen werden können, und bei welchen „die einheitliche Rechtsanwendung in Frage steht", d. h. die Gefahr einer von der bisherigen Gerichtspraxis abweichenden grundsätzlichen Entscheidung nahe liegt, eine Verweisung an das Plenum stattfinden müsse. Um der gefürchteten Suppleanten-Judikatur zuvorzukommen, wurde festgesetzt, daß für verhinderte Mitglieder einer Kammer ordentlicher Weise Mitglieder der andern Abtheilung beizuziehen seien. Infolge Annahme dieses Systems konnte nun die bedenkliche Kompetenzerhöhung der untern Instanzen auf

Digitized by Google

Fr. 400 beim Amtsgericht und Fr. 200, resp. Fr. 400 (für Wechselprozesse und Vollziehungsstreitigkeiten) beim Gerichtspräsidenten, als dem heutigen Geldwerth gegenüber den Ansätzen von 1847 entsprechend, reduzirt werden. —

Mit Rücksicht auf das eidg. Obligationenrecht wurden folgende Veränderungen vorgenommen:

1. Gesellschaften und Einzelpersonen, welche Zweigniederlassungen haben, können vor dem Richter des Bezirks, wo sich die Filiale befindet, aus den mit letzterer abgeschlossenen Geschäften belangt werden (§ 11 Abs. 4, vgl. O.-R. 625 u. f. w.).

2. Die Einrede der mehrern Streitgenossen, die Adcitation und die Folge der Unterlassung dieser Vorkehren (§§ 25—27 alt) wurden gestrichen, weil das O.-R. untheilbare Leistungen als solidarische behandelt und die Streitverkündung genügt, um dem auf's Ganze Belangten den Rückgriff gegen die Mitschuldner zu sichern. (Daher wird der bisherige § 28 zum § 25 der neuen Vorlage und in § 139 — früher 141 — wird Ziff. 5 gestrichen); vgl. O.-R. 79 ff., 162 ff. — Auch die deutsche C.-P.-O. kennt die exc. plurium litisconsortium nicht als eine prozeßhindernde Einrede; sie ist in der Einlassung geltend zu machen, d. h. es wird auf Abweisung der Klage angetragen, soweit mehr verlangt wird als der einzelne Kläger zu fordern hat oder der einzelne Beklagte schuldet.

3. Das Obligatorium der Streitverkündung ist aufgehoben (§§ 28—31). Diese Modifikation wurde begründet durch den Hinweis auf Art. 238 -240 O.-R. welche von der Eviktion beim Kaufe handeln. Das Nähere vgl. bei Vogt, leichtfaßl. Anl. S. 174—176.

4. Die „volle Genugthuung" im bisherigen § 36 ist infolge Aufhebung der dieselbe normirenden Satzung 965 C. durch einen allgemeinern Ausdruck ersetzt.

5. Im bisherigen § 68, der das Verbot der nachträglichen Klageänderung enthält, sind die Worte eingeschoben „sofern nicht spezielle Gesetze es erlauben", mit Rücksicht auf O.-R. 250, welcher dem Richter die Befugniß einräumt, die Minderungs- statt der Wandelungsklage zuzusprechen, woraus

Digitized by Google

folgt, daß der Kläger die Substitution im Laufe des Prozesses selbst vornehmen kann (§ 69).

6. Die Fristberechnungen (§ 73) sind mit O.-R 88 und 751 in Uebereinstimmung gebracht. Die sechste Nachmittagsstunde als Schlußmoment ist, wohl mit Rücksicht auf O.-R. 92, gestrichen und soll durch die „gewöhnliche Geschäftszeit" ersetzt werden, was zu Zweifeln Anlaß geben kann (§ 74).

7. Die Form des friedensrichterlichen Vergleichs (§ 120) ist den Vorschriften des O. R. über schriftliche Verträge angepaßt.

8. Die Zulässigkeit der Geltendmachung nicht konnexer Gegenansprüche durch eine Widerklage wurde in § 151 durch einen Zwischensatz angedeutet, vgl. O.-R. 131. Ferner ist mit Rücksicht hierauf und auf eine bundesrechtliche Praxis der Unterschied zwischen den in- und außerhalb des Kantons Wohnenden (§ 152 bish. P.) aufgehoben.

9. Freie Beweiswürdigung. Die bernische Prozeßordnung von 1821 stand auf dem Boden der formalen Beweistheorie des gemeinen deutschen Rechts: kein Indizienbeweis, kein direkter Gegenbeweis, voller Beweis durch 2 klassische Zeugen, die ganze Beweiswürdigung eine Art Rechenexempel, eine nach mathematischen Regeln zu erledigende, mechanische Operation. Wie sehr der Redaktor des Gesetzes, Prof. S. Schnell, von der Richtigkeit und Nützlichkeit dieses Systems überzeugt war, zeigen nachstehende Ausführungen desselben in seinem Kommentar: „Die Wahrheit, welche aus den Prozeßverhandlungen hervorgeht, heißt die förmliche oder die conventionelle Wahrheit; dieselbe kann von der wirklichen Wahrheit wesentlich verschieden sein," denn den Betheiligten bleibt es überlassen, die Thatsachen nach Gutfinden vorzulegen; der Richter hat „das wirkliche Verhältniß der Thatsachen auf sich beruhen zu lassen, indem sich die wirkliche Wahrheit dem menschlichen Auge, das kurzsichtig ist und durch Vorurtheile aller Art geblendet wird, an keinem sichern Merkmale zu erkennen gibt. Das Gericht muß demnach eine Thatsache für rechtlich wahr annehmen, sobald sie von der Partei, die sie betrifft, gültig ein-

Digitized by Google

gestanden, oder von derjenigen, die ein Recht daraus ableiten will, gesetzlich bewiesen ist, wenn diese Thatsache den Gerichtsbeisitzern auch noch so unwahrscheinlich vorkommen sollte, und eine andere für rechtlich unwahr, so lange sie weder gültig eingestanden noch gesetzlich bewiesen ist, wenn auch noch so viele Wahrscheinlichkeitsgründe für das Dasein derselben angeführt werden könnten. Das Fürwahrhalten des Gerichts richtet sich nach der Beweistheorie, und nicht nach der individuellen Ueberzeugung der Gerichtsbeisitzer von dem, was sich zugetragen oder nicht zugetragen haben mag." Und das muß so sein, „wenn die bürgerliche Freiheit gegen die oft heuchlerische Willkür einzelner Menschen gesichert sein soll."

In der That beruht eigentlich der Grundgedanke jeder formalen Beweistheorie darin, daß der Richter nicht über den Parteien steht, sondern von den Volksgenossen dazu bestellt ist, die unter ihnen sich erhebenden Streitigkeiten nach bestimmten Regeln und lediglich auf Grundlage des von den Parteien selbst vorgebrachten Materials (Behauptungen und Beweise), ohne eigene Denkthätigkeit zu erledigen; der Standpunkt Schnell's ist nicht sehr wesentlich verschieden von dem nach der lex Salica um 450 bei den freien Franken geltenden Verhandlungsmaxime und formale Beweistheorie stehen in engem Zusammenhang; letztere hat sich bis in die Mitte dieses Jahrhunderts auch im Strafprozeß meistens erhalten, und wich im deutschen Recht erst dann dem in England von der königlichen Macht schon im 12. Jahrhundert als Nothbehelf gegen das überwuchern der Ordalien eingeführten Institut der Jury, während sie im Civilprozeß erst von der neuen Reichsgesetzgebung für alle deutschen Länder beseitigt ist. Der alte Unabhängigkeitssinn hatte sich als Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters, welcher zur Amtsperson geworden war, erhalten; die engen Schranken, die seiner Offizialthätigkeit seit dem frühsten Mittelalter gezogen waren, blieben durch die Jahrhunderte hinab bestehen, gewahrt durch eine scholastische, das Formale mit Vorliebe pflegende Jurisprudenz. Der Prozeß mit formaler Beweistheorie ist ein Wagniß, dessen Erfolg nicht durch den Richter beeinflußt wer-

Digitized by Google

den soll, sondern von dem Gelingen oder Mißlingen des Beweises abhängt. Das „Abwägen" der Beweise ist hier eine rein mechanische Thätigkeit; denn die Gewichtsteine sind genau bezeichnet und gesetzlich tarifirt. — Anders bei dem System der freien Beweiswürdigung. Hier hat der Richter die hohe Aufgabe, den ganzen Zusammenhang der prozessualisch ermittelten Vorgänge zu erforschen, die Motive zu ergründen, welche die handelnden Personen geleitet haben mögen, Wahrscheinlichkeiten und Möglichkeiten aufzusuchen und gegen einander abzuwägen, und je nachdem dieses oder jenes Bild der faktischen Verhältnisse dem Resultat seiner Combinationen mehr oder weniger entspricht, wird auch dieser oder jener Bestandtheil des Beweismaterials, insbesondere die einzelne Urkunde oder Zeugenaussage für ihn an Bedeutung gewinnen oder verlieren. — Der bern. Gesetzgeber von 1847, die Verhandlungsmaxime und im ordentlichen Verfahren auch die Schriftlichkeit beibehaltend, hat den Indizienbeweis (und den direkten Gegenbeweis) eingeführt und in der Würdigung der Beweisergebnisse dem Richter durch die an den Schluß der „allgemeinen Grundsätze über den Beweis" gestellte Bestimmung*) scheinbar eine ziemlich weitgehende Befugniß eingeräumt, jedoch sogleich durch beigefügte Einschränkungen und Verweisung auf die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel wieder entzogen, so daß im Grund eine leere Schale, eine inhaltlose Phrase übrig blieb, mit welcher in der Praxis nichts anzufangen war. Vollen Beweis machen: der Eid, das Gutachten der Sachverständigen, die öffentliche Urkunde, die Aussage zweier klassischen Zeugen. Der mehr als halbe Beweis, bezw. die bloße Wahrscheinlichkeit, muß durch Erfüllungseid ergänzt, der weniger als halbe Beweis durch Reinigungseid beseitigt werden. Einzelne Zeugen, verdächtige Zeugen, Eintragungen in Haus- und Handlungsbücher kommen als Indi-

*) „§ 171. Ueber den Werth der Beweisführung hat das urtheilende Gericht nach sorgfältiger Prüfung und Gegeneinanderhaltung aller Theile der Beweisführung und aller Umstände des Falles zu entscheiden und, sofern ihm nicht spezielle Vorschriften zur Richtschnur gegeben sind, zu beurtheilen, ob die behauptete Thatsache nach dem ordentlichen Laufe der Dinge als gewiß angesehen werden müsse (vgl. §§ 267 ff.)."

Digitized by Google

zien in Betracht; dies wurde von der Praxis auf alle Urkunden ausgedehnt, die nicht vom Produkten herrühren, auf testes de auditu u. s. w. Gänzlich ausgeschlossen als Zeugen sind z. B. Geltstager, Bevogtete, Kinder unter 14 Jahren; verdächtig: Verwandte bis zum 6. Grad, Verschwägerte bis zum 5. Grad, vermuthliche Erben des Beweisführers und solche, bei denen Feindschaft gegen den Produkten zu vermuthen war ꝛc.; auch „mittelbares Interesse" an einem für den Beweisführer günstigen Ausgang des Prozesses bildet einen Verdächtigkeitsgrund. All' diese Ausstellungsgründe wurden in den Rechtsschriften mit einer Ausführlichkeit behandelt, die mit der praktischen Bedeutung der Verdächtigerklärung des Zeugen nicht im richtigen Verhältniß stand. Das ganze System der formalen Beweistheorie war übrigens durch die eidg. Haftpflichtgesetze von 1875 und 1881 in Bresche gelegt, und da es sich bei Streitigkeiten aus den Haftpflichtverhältnissen meist um Beweisführung über rein äußerliche, greifbare Thatsachen — faits purs et simples — handelt, so hatten die Gerichte sich gern und leicht mit einem System befreundet, das ihnen eine würdigere und natürlichere Stellung einräumte. —

Nun kam das eidg. Obligationenrecht mit seinen in vielen Fällen das billige Ermessen des Richters zur obersten Norm erhebenden Satzungen. Der Prozeß vor Bundesgericht hat bereits trotz mangelnder Unmittelbarkeit der Verhandlung die freie Würdigung der Zeugenaussagen und Expertengutachten.

Gestützt auf alle diese Umstände kam Prof. Dr. Vogt in seinen „Bemerkungen und Anträgen" zu dem Postulat, die oben angeführte Einschränkung in § 171 zu streichen, die Unfähigkeit der Unmündigen, sowie die Vorschriften in § 225 über die Erfordernisse und Wirkungen des Zeugenbeweises zu beseitigen, den Indizienbeweis von den ihm in § 273 gezogenen Schranken zu befreien, desgleichen die Formvorschriften des § 278 für Haus- und Handlungsbücher abzuschaffen.

Die Kommission trat in großer Mehrheit diesen Postulaten bei; namentlich die Vertreter des Obergerichts traten für die freie

Digitized by Google

Beweiswürdigung warm in die Schranken, um, wie gesagt wurde, einen faktisch schon bestehenden Zustand endlich einmal zu legalisiren. Hiegegen wurde von der Minderheit geltend gemacht, daß vom Standpunkt der Gesetzgebungspolitik die freie Beweiswürdigung mit dem beibehaltenen schriftlichen Verfahren im Widerspruch stehe. Für diesen Standpunkt können jedenfalls gewichtige Autoritäten angerufen werden. Es seien hier nur folgende Anführungen gestattet.

Die Motive zur deutschen C.-P.-O. (Berlin 1874) sagen zu § 249:

„Seit in dem deutschen Strafverfahren der Grundsatz, daß die Thatfrage der freien Würdigung des Richters unterliege, praktische Geltung erlangt hat, ist in Doktrin, Praxis und Gesetzgebung das Streben, auch in dem C.-P.-Verfahren den Richter bei Beurtheilung der Thatfrage von den gesetzlichen Fesseln zu befreien, mit einer solchen Entschiedenheit hervorgetreten, daß eine für das deutsche Reich bestimmte P.-O., wenn sie sich nicht dem Vorwurfe des Rückschritts aussetzen will, genöthigt ist, sich der auf Beseitigung der gesetzlichen Beweisregeln gerichteten Bewegung anzuschließen. Der schwerwiegendste Einwand, welcher der freien richterlichen Würdigung des Beweises entgegensteht, — der Einwand, daß im C.-P. das Streitverhältniß von den Parteien beherrscht wird und dem Richter die Mittel fehlen, welche der Strafprozeß zur Gewinnung einer begründeten Ueberzeugung bietet, wird in einem Verfahren, welches wie dasjenige des Entwurfs auf dem Grundsatze der Mündlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter beruht und dem richterlichen Prozeßleitungsamte in der mündlichen Verhandlung einen weiten Spielraum gewährt, beseitigt oder doch so wesentlich gemildert, daß es legislativ nicht gerechtfertigt sein würde, deswegen auf die großen Vortheile zu verzichten, welche, wie allgemein anerkannt wird, mit der freien richterlichen Beweiswürdigung verbunden sind. Der Entwurf konnte daher kein Bedenken tragen, die allseitig angebahnte Entwicklung

Digitized by Google

zum Abschlusse zu bringen und im § 249*) auszusprechen, daß das Gericht nach freier Ueberzeugung zu entscheiden habe, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei."

Moser in seinen Motiven zum bern. C.-P.-Entwurf (1878) äußert speziell in Bezug auf den Zeugenbeweis (S. 149):

„Im nothwendigsten Zusammenhange mit der freien Beweiswürdigung steht der Grundsatz, daß, wenn nur immer möglich, die Beweisführung vor dem erkennenden Gerichte stattfinden soll. Es betrifft diese Vorschrift vorzugsweise die Einvernahme der Zeugen. Das Gericht soll die Glaubwürdigkeit dieser Personen und ihrer Depositionen prüfen, die Zeugnisse nicht nur zählen. Wie ist aber diese Operation möglich auf der Grundlage eines von einem andern Richter erhobenen Protokolls" ꝛc. (hier wird auf den Eindruck der persönlichen Erscheinung, des Verhaltens des Zeugen u. s. w. hingewiesen und dann fortgefahren):

„Der Zeuge bedient sich vielleicht zuerst eines nicht richtigen oder doppelsinnigen Ausdrucks; er verstärkt sein Zeugniß im Laufe der Erzählung, er ändert später einige Worte oder gibt einzelnen Theilen seines Zeugnisses eine andere Färbung; er nimmt anderes zurück, weil er sich jetzt angeblich besser zu erinnern glaubt; er fühlt daß man seiner Aussage mißtraut; er erröthet, geräth in's Stocken; man sieht, daß er fürchtet, auf Widersprüchen, auf der Lüge ertappt zu werden; er weiß keine plausible Erklärung mehr. Unsere strafgerichtlichen Verhandlungen liefern täglich die Beweise für das soeben Gesagte."

Nimmt man aber noch hinzu, wie mangelhaft oft bei uns die unter der Hand ungeübter Aktuare oder unter mühsamem Zusammenwirken der Anwälte zu Stande gekommenen Ab-

*) Jetzt § 259 C.-P.-O.: „Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine Thatsache für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheil sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden."

Digitized by Google

hörungsprotokolle den Inhalt der Aussagen wiedergeben, so daß es für den urtheilenden Richter oft keine geringe Schwierigkeiten bietet, den wahren Sinn der Aussage herauszufinden, — eine Schwierigkeit, die sich nicht selten bei der Würdigung von Protokollen über eidliche Einvernahmen der Parteien wiederholt, faßt man endlich in's Auge, daß die Thatsachen des Prozesses selbst nur durch das Mittel der von den Anwälten verfaßten, unabänderlichen Rechtsschriften, — die tieferen Motive und Vorgänge aber gar nicht — dem Gerichte zur Kenntniß kommen, das Fragerecht nur dem Instruktionsrichter zusteht und äußerst selten benutzt wird, — daß Vorschriften wie sie die deutsche C.-P.-O. enthält, um möglichste Vollständigkeit des Materials zu erzielen (§§ 127, 130, 132, 133, 134 u. s. w. — „Der Vorsitzende hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Behandlung finde; der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden; er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen; — das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen u. s. w., u. s. w. —; es ist beinahe ein pouvoir discrétionnaire in vielen Punkten), uns gänzlich fehlen im ordentlichen Verfahren, so wird man das Bedenken wenigstens begreiflich finden, welches gegen die Einpfropfung der freien Beweiswürdigung in unser von der Schriftlichkeit und der Verhandlungsmaxime beherrschtes Verfahren erhoben wurde.

Infolge der Annahme des Grundsatzes sind folgende Abänderungen durch die Justizdirektion unter Beiziehung einer engern Redaktionskommission vorgenommen und vom Gr. Rathe gebilligt worden:

a) Urkundenbeweis. Der bisherige § 200 verlieh dem Inhalt öffentlicher Urkunden volle Beweiskraft und gestattete einen Gegenbeweis nur hinsichtlich der Aechtheit und Vollständigkeit derselben. Da nun aber die Erfahrung lehrte, daß die Instrumente, welche manche mit öffentlichem Glauben versehene

Digitized by Google

Personen ausstellten, nichts weiter als offizielle Lügen und selbst Beamte, wie Weibel u. s. w. von der Infallibilität oft weit entfernt seien, so suchte man per fas et nefas über die unbequeme Bestimmung hinauszukommen. Den entscheidenden Schritt in dieser Richtung that der Appellhof in den sechsziger Jahren durch ein Erkenntniß, in welchem argumentirt war: falsche Beurkundung sei nichts anderes als eine Art Fälschung; eine gefälschte Urkunde sei nun nicht beweiskräftig, und es könne auch diese Art von „Unächtheit" des instrumentum publicum durch jedes Beweismittel auf dem gewöhnlichen Civilweg dargethan werden. Seither wurde auf diese Weise manches Testament gestürzt, weil wesentliche Förmlichkeiten, deren Erfüllung der Notar in der Urkunde bezeugte, eben in Wirklichkeit gar nicht erfüllt worden waren. — Es wurde daher nur die Uebereinstimmnng zwischen Gesetz und Gerichtsgebrauch hergestellt, indem der 2. Absatz des § 200 ersetzt wird durch die Bestimmung:

„Gegen die Richtigkeit des Inhalts ist Gegenbeweis zulässig, soweit derselbe nicht durch die Civilgesetze ausgeschlossen wird."

Die Einschränkung bezieht sich z. B. auf die Vorschriften unseres C. G. B. über Hypothekeninstrumente, gegen welche die Einrede des Nichtempfangs 2c. nicht Platz greift. Auch das Bundesgesetz über Civilstand und Ehe enthält Spezialbestimmungen über die Anfechtung der Civilstandsregister.

b. Zeugenbeweis. „Die Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihrer Aussagen würdigt der Richter nach freiem Ermessen." Dieser Satz tritt an Stelle der in §§ 225 und 226 enthaltenen Bestimmungen über die „Erfordernisse des Zeugenbeweises" (§ 220, Abs. 2, neu). Grundsätzlich muß daher jeder vernunft- nnd sprachbegabte Mensch als Zeuge einvernommen werden können. Sache der Parteien ist es, dem Gericht die Umstände zur Kenntniß zu bringen, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen beeinträchtigen können, ohne daß deßhalb Einreden zu erheben wären. Statt der bisherigen Klassifikation in unfähige, verwerfliche, verdächtige und klassische Zeugen, gibt es nur noch fähige und unfähige, zu letztern gehören a. Kinder, und b. geistig oder körperlich nicht Wahrnehmungskräftige, c. infolge Straf-

Digitized by Google

urtheils Ehrlose. Nahe Familiengenossen und amtliche oder berufliche Vertrauenspersonen schützt § 217 vor der Pflicht, sich abhören zu lassen, durch ein Verbot an den Richter. Doch müssen Verwandte sich abhören lassen, wenn es sich um familienrechtliche u. dgl. Streitigkeiten handelt. Im Uebrigen ist das Recht der Zeugnißverweigerung wegen gefürchteter ökonomischer Verantwortlichkeit (§ 247) denjenigen entzogen, welche als Auktoren oder Mandatare einer Partei über das streitige Geschäft oder Rechtsverhältniß deponiren sollen. Diese Leute sind also aus dritten „Schwurpflichtigen" oder „Eidesvertretern" zu Zeugen umgewandelt, als welche sie schon bisher die Praxis zu betrachten geneigt war. Die Neuerung hat namentlich auch den praktischen Vortheil, daß es nun eher möglich wird, sie auch wirklich vor Gericht zur Stelle zu schaffen, wofür dem Beweisführer bisher durchaus kein Mittel zu Gebote stand.

Die neue Regelung dieser Verhältnisse sieht sich nun allerdings sehr einfach an, und man mag sich über die Verminderung des Formel- und Gedächtnißkrames freuen, die sie mit sich bringt. Ob aber die Raschheit des Prozeßganges, die Kürze der Rechtsschriften und Plaidoyers dabei gewinnen werde, ist eine andere Frage. Denn nach § 219 soll alles gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorzubringende, wie bisher im Hauptverfahren resp. in der auf die Anrufung des Zeugen folgenden Rechtsschrift, geltend gemacht werden. Nun ist klar, daß nicht nur alles was bisher einen Zeugen verwerflich oder verdächtig machte, auch in Zukunft behufs Anfechtung seiner Glaubwürdigkeit wird geltend gemacht werden, sondern daß das Feld geöffnet ist für Verdächtigungen, Geschichtenträgereien und Geberdenspähereien aller Art, und das Alles soll nun mit bekannter Eleganz in den Akten breitgeschlagen werden, und muß es, weil von einem Kreuz-Verhör vor dem erkennenden Richter nicht die Rede sein kann, und weil man darauf hielt, daß der Produzent, wenn er seinen Zeugen als durch die Angriffe des Gegners allzusehr geschädigt und gleichsam vor dem Kampf schon außer Gefecht gesetzt ansieht, aufgeben und durch andere Beweismittel ersetzen könne.

Digitized by Google

Ein bedeutender Schritt, welcher hinsichtlich der Zulässigkeit des Zeugenbeweises gegenüber der jurassisch-französischen Gesetzgebung gethan wurde, ist weiter unten zu erwähnen.

c. Wie in Betreff des Beweises durch Partei-Eid der freien Beweiswürdigung ein gewisser Spielraum geschaffen wurde, ist oben zur Sprache gekommen.

d. Im Indicienbeweis sind die Bestimmungen über die relative Rechtsvermuthung (§ 271, Satz 2), und über die præsumtiones facti (§§ 272 und 273) gestrichen, was natürlich nicht den Sinn hat, daß nun der Richter alle Forderungen der Logik, des gesunden Menschenverstandes und der Erfahrung bei Seite setzen, der Phantasie oder gar der Willkür die Zügel schießen lassen dürfe. Im Gegentheil wollte man die bisher gesetzlich festgestellten Regeln über Prüfung des Beweisergebnisses als Gewissenspflicht fortbestehen lassen.

10. Auf den Vorschlägen des Hrn. Prof. Vogt basir endlich die Umarbeitung der die Bestimmung von Schadenersatzforderungen und die Urtheilsvollstreckung normirenden bisherigen §§ 335—338 und 393—400. In ersterer Beziehung wird das System der Aversalsumme und der freien Würdigung an die Stelle allzuängstlich formaler Beweisführung und Addirung einzelner Ansätze gesetzt, im Einklang mit Art. 51 und 116 O.-R.; damit sollen die oft äußerst langwierigen, den Ersatzpflichtigen mit übermäßigen Kosten belastenden Moderationsprozesse beseitigt werden (320—329). Die Urtheilsvollstreckung sodann, bisher, sofern es sich nicht um Geldforderungen handelte, sonderbarer Weise der Administrativbehörde übertragen, wird, wie sonst in aller Welt, dem richterlichen Amt zurückgegeben, welches, ebenfalls den Grundsätzen des gemeinschweizerischen Rechts gemäß (O.-R. 110 — 112), mittelst Androhung von Geldbußen und Verurtheilung zum Schadensersatz rascher zum Ziele kommen wird als dies bisher möglich war (§§ 387 bis 399).

11. Die Neugestaltung des Armenrechts beruht auf folgenden Grundgedanken:

Digitized by Google

a. Dasselbe ist auch im sog. Kompetenzverfahren zulässig. Die Bestellung eines armenrechtlichen Anwalts insbesondere findet auch vor dem Amtsgericht und dem Gerichtspräsidenten statt, und zwar durch diese Behörden selbst.

b. Das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts befreit nicht von der Einlassung auf die Klage; es provozirt überhaupt keinen förmlichen Zwischenstreit, sondern wird formlos angebracht und auf amtlichem Wege erledigt. Der Gesuchsteller braucht dafür keinen Anwalt.

c. Eine zum ersten Mal vorgeladene Partei darf nicht wegen Nichtbezahlung der Gerichts- und Weibelgebühren a limine zurückgewiesen werden; dieselben sind ihr zu „stunden" (§§ 56—60).

12. Die Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen waren bisher im Civilgesetzbuch, im Gerichtsorganisationsgesetz und in der C.-P.-O. zerstreut und infolge der nach Einführung des Personenrechts erfolgten faktischen Aufhebung der Ehegerichtsordnung und Uebertragung der Consistorialgerichtsbarkeit an die Civilgerichte (1831) überhaupt lückenhaft, sodaß oft Zweifel darüber entstanden, ob und wie weit die Verhandlungsmaxime hier Einschränkungen erleide. Es wurde denn auch in gewissen Amtsbezirken mit leichtfertigen Lösungen des Ehebandes das Unglaublichste geleistet, wie einige frühere Bände dieser Zeitschrift davon Zeugniß geben. Dem gegenüber wird die Offizialmaxime, soweit es die eigentlichen Scheidungsgründe betrifft, in ihr Recht eingesetzt und dem Gericht die Befugniß eingeräumt, die Staatsanwaltschaft zur Theilnahme an der Verhandlung vorzuladen (§§ 296—299).

13. Endlich wurde der Wechselprozeß, bisher auf der seit 1. Januar 1883 größtentheils abrogirten Wechselordnung für den alten Kantonstheil, auf dem Code de commerce für den Jura beruhend, in die neue Vorlage als 7. Abschnitt den besondern Prozeßverfahren angereiht (§§ 330 – 335). — Dem entsprechend soll die Betreibung für nicht bestrittene Wechselforderungen in der Novelle zum Vollziehungsverfahren ihre natürliche Stelle finden.

Digitized by Google

III. Die zweite Berathung und ihre Folgen.

Mitte Januars 1883 hatten die vom Hrn. Justizdirektor präsidirten Arbeiten der engern Redaktionskommission ihr Ende erreicht, und zu Ende gleichen Monats erblickte deren Resultat als „Entwurf des revidirten Gesetzes über das Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten" das Licht der Welt, und nur wenige Tage waren den Mitgliedern des Großen Rathes vergönnt, um sich über das mittlerweile zum starken Manne herangewachsene Kind ihrer ersten Berathung ein Urtheil zu bilden. Allerdings waren ihnen die hauptsächlichen Neuerungen in anderer Form schon im November mitgetheit worden Nicht zu wundern war es daher, wenn gewichtige Bedenken gegen die Acceptirung des auf so kurze Sicht gezogenen Wechsels laut wurden. Mit großer Klarheit und voller Sachkenntniß wurde zunächst von Hrn. Fürspr. Müller der Antrag verfochten, auf die gegenwärtige Vorlage nicht einzutreten, sondern die Regierung mit Ausarbeitung eines neuen Entwurfes auf Grundlage des mündlichen Verfahrens, bezw. der unmittelbaren Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte zu beauftragen. Er ging dabei von dem Gesichtspunkte aus, daß sich diese Reform auch mit den jetzigen Gerichten durchführen lasse, und daß die Einführung gelehrter Gerichte für die erste Instanz an der Abneigung des Volkes scheitern würde. Dem gegenüber wurde geltend gemacht, daß es zur Durchführung der Mündlichkeit vor Allem an den geeigneten Organen für die wegen der Appellation unumgängliche Protokollirung fehle, — daß die erste Instanz immerhin eine Kompetenz erhalten müßte, die den Amtsgerichten nicht eingeräumt werden kann; — daß das Bessere der Feind des Guten sei, und daß das Volk erwarte, daß nun einmal die schreienden Mißbräuche abgeschafft werden. Die Mehrheit gab dieser Anschauung Recht und beschloß das Eintreten.

In der darauffolgenden Berathung, (1., 2. und 3. Februar 1883) wurde die Vorlage in allen Hauptpunkten angenommen und erregten neben der Eidesfrage, worüber wir an früherer Stelle referirten, nur die von Hrn. Regierungsrath Dr. Gobat

Digitized by Google

gestellten Anträge im Sinn der Vereinheitlichung des jurassischen und altbernischen Rechts, namentlich in Betreff des Zeugenbeweises und der Handelsgerichtsbarkeit eine lebhafte Opposition Seitens der Vertreter der Unnahbarkeit der Napoleonischen Kodifikation. Allein nicht alle Jurassier nahmen den Kampf auf, und namentlich Moschard zeigte seinen Collegen in einem glänzenden Votum schlagend, daß sie bei der angestrebten Unifikation nur gewinnen könnten. In dem bisherigen § 225 (nunmehr § 220) wurde daher der 1. Satz:

„Der Zeugenbeweis ist in allen Fällen zulässig, wo nicht nach den Bestimmungen der im Kanton geltenden Civilgesetzgebungen ein Mehreres, wie schriftliche Beurkundung ꝛc., erfordert oder dieses Beweismittel positiv ausgeschlossen ist" —

gestrichen; infolge dessen gilt für dieses Beweismittel der allgemeine Satz des § 166, bisher § 167, resp. es ist dem Zeugenbeweis keine besondere Schranke gesetzt. Damit ist nun natürlich nicht gesagt, daß Rechtsgeschäfte, die nach dem Civilrecht der schriftlichen Form zur Perfektion bedürfen, nun auch ohne diese gültig seien und aus ihnen geklagt werden könnte, im Vertrauen darauf, daß mündliche Abmachungen darüber vor Zeugen stattgefunden, oder daß der Verpflichtete die Schuld vor Zeugen anerkannt u. dgl. — Es ist ein bei den Juristen der französischen Schule stets wiederkehrender Irrthum, die Solennitätsform mit der Beweisform, und die Perfektionsfrage mit der Beweisbarkeit zu verwechseln. Der Code Napoléon stellt für alle Verträge über Fr. 150 Beweisvorschriften auf, während das schweizerische Obligationenrecht nur Perfektions- oder Solennitätsformen kennt und die Beweisfrage, weil in den Prozeß gehörig, den Kantonen überläßt. — Sind Verträge, die nach eidgenössischem oder kantonalem Recht der schriftlichen Form bedürfen, niemals in Schrift verfaßt, oder nicht vom Verpflichteten unterzeichnet worden, so darf über deren Zustandekommen ein Beweis überhaupt nicht zugelassen werden, so wenig durch Eid als durch Zeugen oder Indizien; hat dagegen eine schriftliche Urkunde existirt, sie kann aber nicht mehr vorgelegt werden, so soll der Berechtigte nicht mit der Urkunde auch sein Recht verloren haben, sondern es muß ihm gestattet sein,

Digitized by Google

mittelst Zeugen, Indizien u. s. w. den einstigen Bestand und Inhalt derselben dem Richter zur Gewißheit zu machen. Davon bilden eine Ausnahme nur diejenigen Urkunden, die in irgend einem Grade eine Verkörperung des Rechts enthalten, d. h. deren körperliche Gegenwart erfordert wird, um das Recht geltend zu machen: Wechsel, Inhaberpapiere, Präsentationspapiere. Diese werden nur durch das Amortisationserkenntniß ersetzt, soweit ein solches erhältlich ist. Wenn demnach der Jura zum Aufgeben der schon gewaltig in Bresche geschossenen Beweisgrundsätze des Code civil und seiner durch das O.-R. ihres wahren Gehalts schon längst entkleideten Handelsgerichtsbarkeit, (die Handelsrichter sind die gewöhnlichen Amtsrichter, die nur wie der Diener des Geizigen bei Moliere von Zeit zu Zeit die Peitsche mit der Küchenschürze vertauschen) zu opfern genöthigt wurde, so verliert er wenig, zumal der Große Rath mit Recht grundsätzlich die Beschränkung der Zuschiebung und Rückschiebung des Eides, welche bisher über alle Thatsachen statthaft war, die „die Ehre des Schwörenden nicht berühren", auf solche Thatsachen, die dem Schwörenden bekannt sein sollen, aus dem Code herübergenommen hat.

Der Entwurf ist am 2. April 1883 vom Großen Rathe bei zur Hälfte besetztem Hause mit 114 gegen 2 Stimmen angenommen und die Volksabstimmung auf den 20. Mai festgesetzt worden.

Zum Entwurf eines neuen Zivilrechtsverfahrens für den Kanton Luzern.

Von Dr. P. Meyer von Schauensee.

Seit beinahe 10 Jahren ist die Frage der Revision des luzernerischen Zivilprozesses bei unserm Großen Rathe anhängig. Den ersten Anstoß hiezu gab eine Motion des frühern Gerichtsschreibers des Bezirksgerichts Luzern, des Hrn. Großrath und jetzigen Fürsprechs Josef Bösch, welche vom Großen Rath erheblich erklärt und zur Begutachtung dem h. Obergericht überwiesen wurde. Nach fast einem Dezennium ist nun dieses Gutachten sammt

Digitized by Google

Entwurf eingelangt. In demselben befinden sich jedoch bloß die nothwendigsten Revisionspunkte berücksichtigt. Die hauptsächlichsten Aenderungen, die der Entwurf in Aussicht nimmt, sind folgende:

Vor Allem war unser Zivilrechtsverfahren bezüglich des Schriftenwechsels einer Revision bedürftig. Nach dem Wortlaut des § 106 des gegenwärtig in Kraft bestehenden Zivilrechtsverfahrens stand nämlich dem Kläger für den Fall, wo in der Rechtsantwort Thatsachen zur Abwehr der Klage angebracht sind, von welchen in der letztern keine Erwähnung geschehen ist, oder wo in der Antwort Thatsachen der Klage abweichend dargestellt wurden, eine Entgegnung oder Replik zu. Obwohl nun dieser Fall der Gestattung einer Replik dem Sinn und Geist des Gesetzes nach ein Ausnahmsfall sein soll, so wurde derselbe durch die Praxis dennoch beinahe zur Regel.

Der Schlendrian der Praxis, zu dem die Bequemlichkeit der Gerichte und die Gewinnsucht der Advokaten gleich viel beitrug, bewirkte, daß weitaus in den meisten Fällen nach dem ersten Gerichtsvorstand, an welchem bloß ein Austausch von Klage und Antwort stattfindet, der Prozeß regelmäßig eingestellt wird. Manchmal werden sogar Triplik und Quadruplik gestattet. Die Zahl derjenigen Prozesse aber, in denen der Schriftenwechsel mit Klage und Antwort abschließt, ist im Kanton Luzern sehr gering. Diese Weitläufigkeit des Verfahrens hat aber nicht nur eine ungehörige Vermehrung der Kosten zur Folge, sondern macht auch den ganzen Prozeßgang zu einem ungemein schleppenden. Die Dauer der Prozesse wird hiedurch mehr als verdoppelt. Hier abzuhelfen war schon lange Pflicht der gesetzgebenden und Oberaufsichtsbehörde und hauptsächlich den Bestimmungen über den Schriftenwechsel verdankt die Revision des Zivilprozesses ihre Entstehung. Nach dem neuen Entwurf muß nun der Schriftenwechsel vor dem ersten Gerichtsvorstand abgeschlossen werden. Derselbe ist auf die Duplik, bei der verzögerlich nicht einläßigen Antwort auf die Replik beschränkt und an bestimmte Fristen gebunden. Die Fristen für den ganzen Zivilprozeß sind einheitliche: 20 und 10 Tage, welche sich im Dringlichkeitsverfahren auf 10 und 5 Tage reduziren.

Digitized by Google

Dies die erste und eingreifendste Aenderung, welche der Entwurf in Aussicht nimmt. Ein zweiter Punkt sodann, welcher Anstoß zu der in Frage liegenden Revision gab, ist die Regelung der richterlichen Kompetenzen. Das gegenwärtige Zivilprozeßgesetz kennt nämlich eine Kompetenz des Friedensrichters, zu Folge welcher dieser Beamte alle Streitigkeiten bis auf den Betrag von 10 Fr. endgültig entscheidet. In Konkursfällen und in allen übrigen Streitigkeiten, wo ein Friedensrichtervorstand nicht stattfinden muß, urtheilt dagegen nach dem bisherigen Gesetz der Gerichtspräsident an der Stelle des Friedensrichters bis auf 10 Fr. Abgesehen nun davon, daß diese bloß subsidäre Kompetenz des Gerichtspräsidenten eine Anamalie darstellt, so brachte es die ganze Stellung der Friedensrichter von selbst mit sich, daß diese Beamten sehr schwer zu einer Urtheilsfällung kamen. Hier sucht nun der Entwurf zu helfen, indem er eine gleichmäßige Kompetenz des Gerichtspräsidenten bis auf Fr. 40 einführt. Daneben wurde die Kompetenz des Gerichtsausschusses entsprechend den veränderten Geldwerthverhältnissen von 100 auf 150 Fr. erhöht, ebenso diejenige des Bezirksgerichts von 215 auf 300 Fr., und beim Obergericht wurden die bundesgerichtlichen Fälle vorbehalten. Vor Gerichtspräsident, Gerichtsausschuß und Bezirksgericht gilt das gleiche Verfahren lediglich mit dem Unterschiede, daß vor dem Gerichtspräsidenten nur die Rechtsschlüsse an die Stelle von Klage und Antwort treten und vor Gerichtsausschuß der Schriftenwechsel mit der Antwort abgeschlossen ist.

Es kann hier billig die Frage aufgeworfen werden, warum man für den Fall, wo eine wirkliche Revision des Prozeßverfahrens bezweckt werden sollte, die Appellationssumme nicht viel bedeutender erhöht und statt der bisherigen Bezirksgerichte die Organisation von Amtsgerichten in Aussicht genommen hat.

In einem Zivilprozeßgesetz handelt es sich eben mehr als in jedem andern Gesetz um Schulbegriffe. Die Mannigfaltigkeit des Lebens wird hier jeden Praktiker nur allzu oft von dem Ungenügenden der meisten aus der Theorie geschöpften Gesetzesdefinitionen überzeugen und liegt daher eine wahre Garantie für eine gute Praxis nicht in einer möglichst getreuen Kodifikation der

Digitized by Google

Entwurf eingelangt. In demselben befinden sich jedoch bloß die nothwendigsten Revisionspunkte berücksichtigt. Die hauptsächlichsten Aenderungen, die der Entwurf in Aussicht nimmt, sind folgende:

Vor Allem war unser Zivilrechtsverfahren bezüglich des Schriftenwechsels einer Revision bedürftig. Nach dem Wortlaut des §1106 des gegenwärtig in Kraft bestehenden Zivilrechtsverfahrens stand nämlich dem Kläger für den Fall, wo in der Rechtsantwort Thatsachen zur Abwehr der Klage angebracht sind, von welchen in der letztern keine Erwähnung geschehen ist, oder wo in der Antwort Thatsachen der Klage abweichend dargestellt wurden, eine Entgegnung oder Replik zu. Obwohl nun dieser Fall der Gestattung einer Replik dem Sinn und Geist des Gesetzes nach ein Ausnahmsfall sein soll, so wurde derselbe durch die Praxis dennoch beinahe zur Regel.

Der Schlendrian der Praxis, zu dem die Bequemlichkeit der Gerichte und die Gewinnsucht der Advokaten gleich viel beitrug, bewirkte, daß weitaus in den meisten Fällen nach dem ersten Gerichtsvorstand, an welchem bloß ein Austausch von Klage und Antwort stattfindet, der Prozeß regelmäßig eingestellt wird. Manchmal werden sogar Triplik und Quadruplik gestattet. Die Zahl derjenigen Prozesse aber, in denen der Schriftenwechsel mit Klage und Antwort abschließt, ist im Kanton Luzern sehr gering. Diese Weitläufigkeit des Verfahrens hat aber nicht nur eine ungehörige Vermehrung der Kosten zur Folge, sondern macht auch den ganzen Prozeßgang zu einem ungemein schleppenden. Die Dauer der Prozesse wird hiedurch mehr als verdoppelt. Hier abzuhelfen war schon lange Pflicht der gesetzgebenden und Oberaufsichtsbehörde und hauptsächlich den Bestimmungen über den Schriftenwechsel verdankt die Revision des Zivilprozesses ihre Entstehung. Nach dem neuen Entwurf muß nun der Schriftenwechsel vor dem ersten Gerichtsvorstand abgeschlossen werden. Derselbe ist auf die Duplik, bei der verzögerlich nicht einläßigen Antwort auf die Replik beschränkt und an bestimmte Fristen gebunden. Die Fristen für den ganzen Zivilprozeß sind einheitliche: 20 und 10 Tage, welche sich im Dringlichkeitsverfahren auf 10 und 5 Tage reduziren.

Digitized by Google

Dies die erste und eingreifendste Aenderung, welche der Entwurf in Aussicht nimmt. Ein zweiter Punkt sodann, welcher Anstoß zu der in Frage liegenden Revision gab, ist die Regelung der richterlichen Kompetenzen. Das gegenwärtige Zivilprozeßgesetz kennt nämlich eine Kompetenz des Friedensrichters, zu Folge welcher dieser Beamte alle Streitigkeiten bis auf den Betrag von 10 Fr. endgültig entscheidet. In Konkursfällen und in allen übrigen Streitigkeiten, wo ein Friedensrichtervorstand nicht stattfinden muß, urtheilt dagegen nach dem bisherigen Gesetz der Gerichtspräsident an der Stelle des Friedensrichters bis auf 10 Fr. Abgesehen nun davon, daß diese bloß subsidäre Kompetenz des Gerichtspräsidenten eine Anamalie darstellt, so brachte es die ganze Stellung der Friedensrichter von selbst mit sich, daß diese Beamten sehr schwer zu einer Urtheilsfällung kamen. Hier sucht nun der Entwurf zu helfen, indem er eine gleichmäßige Kompetenz des Gerichtspräsidenten bis auf Fr. 40 einführt. Daneben wurde die Kompetenz des Gerichtsausschusses entsprechend den veränderten Geldwerthverhältnissen von 100 auf 150 Fr. erhöht, ebenso diejenige des Bezirksgerichts von 215 auf 300 Fr., und beim Obergericht wurden die bundesgerichtlichen Fälle vorbehalten. Vor Gerichtspräsident, Gerichtsausschuß und Bezirksgericht gilt das gleiche Verfahren lediglich mit dem Unterschiede, daß vor dem Gerichtspräsidenten nur die Rechtsschlüsse an die Stelle von Klage und Antwort treten und vor Gerichtsausschuß der Schriftenwechsel mit der Antwort abgeschlossen ist.

Es kann hier billig die Frage aufgeworfen werden, warum man für den Fall, wo eine wirkliche Revision des Prozeßverfahrens bezweckt werden sollte, die Appellationssumme nicht viel bedeutender erhöht und statt der bisherigen Bezirksgerichte die Organisation von Amtsgerichten in Aussicht genommen hat.

In einem Zivilprozeßgesetz handelt es sich eben mehr als in jedem andern Gesetz um Schulbegriffe. Die Mannigfaltigkeit des Lebens wird hier jeden Praktiker nur allzu oft von dem Ungenügenden der meisten aus der Theorie geschöpften Gesetzesdefinitionen überzeugen und liegt daher eine wahre Garantie für eine gute Praxis nicht in einer möglichst getreuen Kodifikation der

Digitized by Google

herrschenden Doktrin, sondern in einer passenden Gerichtsorganisation und in einem wackern, gebildeten und rechtschaffenen Richterstand.

Ohne eine durchgreifende Aenderung der Gerichtsorganisation bleibt daher jede Revision des Prozeßgesetzes eine bloße Gesetzesflickerei, die bezüglich ihres reellen Werthes nicht viel höher anzuschlagen ist als eine jede der zahlreichen Verfassungsrevisionen, die der Kanton Luzern in den letzten Jahren durchzukosten hatte.

Außer den beiden angeführten Hauptzwecken finden sich noch eine Reihe unwesentlicher Neuerungen in dem vom h. Obergericht ausgearbeiteten Entwurf.

In Titel IV „Von den Parteien" wurde die subjektive und objektive Klagenhäufung aus dem zürcherischen Zivilprozeß eingefügt. Ferner wurde ein Titel V „Von der Betheiligung Dritter am Prozesse" geschaffen und in denselben die Neben- und Hauptintervention und die Bezeichnung eines andern Beklagten aufgenommen. Als neues Institut sind im Titel VII die Beweissätze aufgenommen. Da wir das sog. Beweisinterlokut nicht besitzen, so sollten die Parteien durch Aufstellung von Beweissätzen sich klar machen, um welche Thatsachen nach beendigtem Schriftenwechsel der Streit sich noch drehe. Diese Beweissätze sind 20 resp. 10 Tage vor der Beweisverhandlung der Gegenpartei zuzustellen.

Eine Reihe ganz unwesentlicher und meist nur formeller Abänderungen übergehen wir. — Am Schlusse seiner Berichterstattung stellt das h. Obergericht beim Großen Rath den etwas absonderlichen Antrag, er möchte den Entwurf vor oder nach einer allfälligen ersten Berathung einem „tüchtigen Professoren des Zivilprozesses" zur Prüfung und Begutachtung übergeben.

Da wir nun sehr gut wissen, daß Hr. Professor Andreas Heusler in Basel von unserm Obergericht als große Autorität verehrt wird und daher wohl nicht der letzte über den gegenwärtigen Entwurf um sein Gutachten angegangen werden dürfte, so erlauben wir uns hier, auf eine sehr gediegene Leistung des Hrn. Heusler hinzuweisen. Der 62. Band des Archivs für die

Digitized by Google

ziviliſtiſche Praxis (Neue Folge, 12. Bd. v. Jahr 1879) enthält nämlich Seite 209 u. ff. „Die Grundlagen des Beweisrechts von Hrn. Dr. A. Heusler, Profeſſor in Baſel."

Wir wollen hier einige für die Praxis und Geſetzgebung beſonders fruchtbare Gedanken aus der wirklich vortrefflichen Arbeit Heusler's anführen:

Nach längern, theils logiſchen, theils rein juriſtiſchen Erörterungen über Natur und Zweck des Beweiſes gelangt Hr. Heusler zu der Annahme, daß es nur drei Beweismittel gebe, Zeugen, Urkunden und Eid.

Aufgabe des hiſtoriſchen Beweiſes iſt es nämlich nach Heusler, dem Richter die nicht mehr mögliche, eigene ſinnliche Wahrnehmung einer Thatſache zu erſetzen. Daraus ergibt es ſich zur Evidenz, daß Augenſchein und Expertiſe, weil ſie gerade in eigener ſinnlicher Wahrnehmung des Richters reſp. ſeiner ſachverſtändigen Gehilfen beſtehen, außerhalb des hiſtoriſchen Beweiſes liegen und mithin auch keine Beweismittel ſind, indem letztere nur dem hiſtoriſchen Beweiſe angehören können. Sinnliche Wahrnehmungen haben ihre Stelle vor allem Beweiſe, d. h. ſo lange ſie in einer volle Gewißheit gebenden Kraft möglich ſind, verlangt man keinen Beweis. Wenn ich mich z. B. durch eigene Anſchauung überzeuge, daß die Trümmer einer eingeſtürzten Nachbarsmauer meinen Garten bedecken, ſo hat mir das Niemand bewieſen und ſpricht Niemand von Beweis.

Alles was gegenwärtig noch wahrnehmbar iſt, ſollte vernünftigerweiſe nicht einem Beweiſe unterſtellt werden, weil es ſich für den Richter nicht ziemt, zu einem unter allen Umſtänden mangelhaften Surrogat ſeiner Wahrnehmung zu greifen, wenn ihm dieſe ſelbſt zu Gebote ſteht.

Auch Heusler hält an dem Satze feſt, daß Beweis nur denkbar iſt durch die Thätigkeit der Partei, ohne jedoch hiefür die Begründung aus dem ſog. Verhandlungsprinzip, das ihm bloß doktrinärer Schulbegriff iſt, herzuleiten. Ein Richter, der in einem Caféhauſe zwei Leute am Nebentiſch von einer jetzt vor ihm anhängigen Streitſache in einer Weiſe reden hört, daß er ihre Anweſenheit bei dem Abſchluß des ſtreitigen Handels

Digitized by Google

daraus entnehmen kann, und sie darum vor Gericht darüber abhört, oder ein Richter, welchem ein Paket Cigarren, das er im Tabakladen kauft, in einen ausschlaggebenden Brief des Beklagten eingewickelt wird, und welcher diesen Brief zu den Akten legt, beweist nun einmal nicht mit jenen Zeugen, mit dieser Urkunde die fragliche Thatsache, weder sich noch den Parteien, sondern er erfährt sie ohne Beweisführung, während, wo die Partei ihm die Zeugen oder den Brief präsentirt, er die Thatsache erst auf Grund der Parteithätigkeit, d. h. des Beweises kennen lernt. Das erste und sicherste ist eigene Wahrnehmung des Richters; die hat er von Amts wegen unter allen Umständen sich zu verschaffen, soweit es möglich ist: diese Möglichkeit besteht aber nur in Bezug auf noch gegenwärtige Thatsachen, für vergangene muß er zu dem Surrogat der Zeugen u. s. w. greifen; aber im Grunde hat er die gleiche Pflicht, sich dieses Surrogats zu bedienen, eben weil es nur Surrogat ist. Wenn ihn das Gesetz von der Nachforschung nach Zeugen u. s. w. dispensirt und die Beschaffung derselben den Parteien zuweist, so geschieht das rein aus Gründen der Zweckmäßigkeit, weil man einem gewissenhaften Richter damit eine aufreibende Sisyphusarbeit zuweisen würde und man in der That der Partei zumuthen darf, auch das ihrige zur Aufklärung der Sache in eigenem Interesse zu thun, nicht aber darum, weil die Erkenntniß vergangener Thatsachen für die Entscheidung einen andern Werth hat, oder in anderer Weise wirksam ist als diejenige gegenwärtiger; darum steht nichts entgegen, empfiehlt sich vielmehr, daß der Richter alles das zur Erkenntniß des Thatbestandes heranziehen soll, was sich ihm als Erkenntnißmittel darbietet, und z. B. eine in einer Parteischrift gelegentlich als bei der bestrittenen Thatsache anwesend angedeutete Person als Zeugen vorladen kann, wenn auch kein ausdrücklicher Antrag der Partei erfolgt ist. Bedingung für gedeihlichen Erfolg solchen Grundsatzes ist allerdings großer Takt des Richters.

In praktischer Beziehung ist nun die Behandlung von Sachverständigen als Beweismittel nicht ohne große Gefahr für das materielle Recht. In den hundert und tausend Fällen, in denen

Digitized by Google

der Beklagte die Annahme der Waare wegen irgend nes Mangels verweigert, darf der Richter nach der herrschenden Theorie gar nicht von Amts wegen einen Augenschein vornehmen, oder eine Expertise anordnen, indem er wohl oder übel einen bezüglichen Antrag der Partei abwarten muß. Hat aber eine Partei auf eine Expertise durch Sachverständige ausdrücklich angetragen, so muß ihr der Richter willfahren, und er, der vielleicht erste Autorität im Seidenhandel ist, muß über eine streitige Seidenqualität nun einen Experten berathen, der die Sache weniger gut versteht, als der Richter selbst.

Heusler sucht nun die von ihm vorgetragenen Lehrsätze über die Natur des Beweises durch einige Beispiele zu erläutern, die wir ihrer Klarheit und praktischen Brauchbarkeit wegen wörtlich anführen: Ein Richter fährt auf der Eisenbahn und amüsirt sich, zuzuhören, wie ein Handelsmann einem freundlichen, gegen Zudringlichkeit wehrlosen alten Herrn seine Uhrkette feil macht und schließlich abschwatzt; nach 8 Tagen hat er den Handel vor sich. Oder er sieht auf einem abendlichen Spaziergang, wie ein großer Hund aus einem Hofthor auf einen sorglos um die Ecke biegenden Knaben losstürzt, ihn zu Boden wirft und beißt und mit Mühe von dem muthmaßlichen Vater des Knaben verjagt wird; andern Tages ist die Klage bei ihm anhängig, aber der Eigenthümer des Hundes leugnet Alles. Hat der Richter Kopf und Herz am rechten Ort, so wird der Prozeß in einer Minute fertig sein: „ich habe es selbst gesehen und gehört, was bedarf ich weiter Zeugniß.“ Gehört er aber zu den Richtern der alten Doktrin, so wird er sagen: Die Verhandlungsmaxime gestattet mir nicht, mich an das Selbsterlebte zu erinnern, umsomehr, da ich nicht als Richter, sondern als Privatperson die Wahrnehmung gemacht habe; die Partei muß beweisen und Mangels Beweises abgewiesen werden; zudem, im besten Falle würde sich meine eigene Wahrnehmung als (antizipirter) Augenschein darstellen; der ist aber ein Beweismittel, muß also von den Parteien angetragen werden; ich habe nicht auf Antrag gehandelt, also keinen Augenschein im Rechtssinn genommen; kurz, ich muß Beweis verlangen.

Digitized by Google

In seinen weitern Erörterungen geht sodann Heusler von der ganz richtigen Anschauung aus, das Ziel eines jeden Beweises sei entweder den Rechtsakt selbst oder ein Geständniß darüber oder ein Indizium darauf herzustellen und daß somit jedes der drei Beweismittel in dieser dreifachen Richtung funktioniren könne. Diesen seinen Fundamentalgrundsatz wendet der Verfasser in erster Linie auf den Zeugenbeweis an und zeigt hier, daß nur in Folge einer unrichtigen Auffassung vom Beweise überhaupt sich die Lehre von den testes de auditu eingeschlichen und dadurch den beim Zeugenbeweis besonders häufigen Indizfall einer Aeußerung Dritter oder an Dritte schwer beeinträchtigt habe. Der Zeuge nämlich kann nie testis de auditu sein, sobald man unter dieser Thatsache nicht den Rechtsakt, sondern eben die von dem Zeugen selbst wahrgenommene Thatsache versteht, welche möglicherweise nur Aussage eines Dritten sein kann, immerhin aber ein Indiz sein muß. Wenn aber das, was Jemand von Dritten gehört haben soll, also sein Hörensagen, ganz unerheblich ist, nicht einmal den Werth eines Indizes hat, so wird ihn der Richter allerdings mit Recht nicht abhören, aber nicht aus dem Grunde, weil er bloß testis de auditu ist, sondern weil das, was er gehört hat, an sich irrelevant ist, er also gar nicht Zeuge im Rechtssinn sein kann; wenn er dagegen als Indiz verwerthbar ist, so wird ihn der Richter abhören und alsdann wieder nicht als testis de auditu, sondern als Zeugen aus eigener Wahrnehmung eines Indizes. Heusler schlägt demnach folgende Definition des Zeugen vor: Zeuge im Rechtssinne ist der (am Ausgang des Prozesses unbetheiligte) Dritte, der über die als Rechtsakt selbst in Betracht kommende Thatsache oder ein darüber abgelegtes Geständniß oder ein darauf weisendes Indiz aus eigener Wahrnehmung Auskunft geben kann.

Zum Urkundenbeweis übergehend wird von diesem Beweismittel folgende Definition gegeben: Urkunde im Rechtssinn ist diejenige schriftliche Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche entweder den Rechtsakt selbst, oder ein darüber abgelegtes Geständniß oder ein darauf zielendes Indiz zu unmittelbarem Ausdruck in schriftlicher oder bildlicher Ueberlieferung bringt.

Digitized by Google

Der in der Doktrin üblichen Eintheilung der Urkunden in Dispositionsakte, Geständnisse und Zeugnisse wird nur unter dem hier aufgestellten Gesichtspunkt Bedeutung vindizirt. Heusler wendet sich sodann gegen den Mißbrauch, der mit dem Satze: „öffentliche Urkunden beweisen gegen Jedermann, Privaturkunden nur wider den Aussteller" getrieben wird. Es ist nämlich zum vorneherein einleuchtend, daß bezüglich der Beweiskraft des Inhalts Rechtsakte und Geständnisse gleich viel werth sind, mögen sie in öffentlicher oder in privater Urkunde verbrieft sein: ein Testament ist bezüglich seines Inhalts und damit der Frage, ob dieser Inhalt gegen Jedermann beweiskräftig sei, ein Geständniß ebenso bezüglich seiner Beweiskraft gegen den Aussteller davon unabhängig, ob es Privatskriptur oder gerichtlich oder notarialisch gefertigt ist. Nur hinsichtlich der Echtheitsfrage ist ein Unterschied, und sind die Privaturkunden mehr gefährdet; aber ist einmal ein holographes Testament als echt rekognoszirt, so hat es gleichen Werth wie das gerichtliche. Erkennt man das an für Urkunden, welche Rechtsakte und Geständnisse überliefern, so kann es auch nicht anders sein für Urkunden über Indizien. Das ist ohne Weiteres klar für Fälle, wo ein Rechtsakt oder ein Geständniß nur als Indiz zur Verwendung kommt. Ebenso gewiß ist es in Fällen, wo eine Thatsache, die weder dieses noch jenes ist, als Indiz wirkt, z. B. ein Kurszeddel, der von öffentlichen angestellten und beeidigten Börsenmäklern oder (wie z. B. in Basel) von den vereinigten Sensalen, denen keinerlei amtliche Qualität zukommt, abgefaßt sein kann.

In Bezug endlich auf den Eid hält der Verfasser den Satz, daß nur der zugeschobene oder Schiedseid als Beweismittel gelten dürfe, für begründet. Der Notheid ist kein Beweismittel, sondern ein vom Richter nach Ermessen angewendetes Erkenntnißmittel, zu welchem der Richter seine Zuflucht nimmt, theils, um einen unvollständigen historischen Beweis zu ergänzen, resp. unwirksam zu machen, theils um den Schluß von einer Thatsache auf eine andere zu verstärken, respektive zu vernichten.

Zum Schlusse spricht sich der Verfasser noch über das Institut der freien Beweiswürdigung aus, und es wird von ihm

Digitized by Google

vorerst die Frage aufgeworfen: Wie weit gehen die gemeinrechtlichen Quellen in Beschränkung der richterlichen Beweismittelwürdigung durch Aufstellung von Requisiten für die Ueberzeugungskraft der Beweismittel? Diese Frage ist bezüglich des Eides eigentlich gar nicht diskutirbar, weil es dem Wesen des Eides widerspräche, seine Würdigung dem richterlichen Ermessen anheimzugeben. Er ist eine bestimmte Form, die in allen Fällen, wo er zur Anwendung kommt, die gleiche ist und nicht in dem einen Falle andere Eigenschaften hat als in dem andern. Sobald diese bestimmte Form erfüllt und der Eid abgeleistet ist, muß auch die ein für allemal daran geknüpfte rechtliche Folge eintreten.

Um freie Beweiswürdigung kann es sich daher nach der Anschauung des Verfassers einzig bei Urkunden und Zeugen handeln. Bezüglich der Urkunden liegt es auf der Hand, daß das Recht keine festen Regeln darüber aufstellen kann, wann eine Urkunde noch Beweiskraft habe, wann nicht; wie groß die Rasur sein dürfe, wie klein der Riß sein müsse u. s. w.

Bezüglich des Zeugenbeweises aber verwahrt sich der Verfasser gegen die dem kanonischen Recht gemachten Vorwürfe. Das kanonische Recht hat nach ihm blos die schon im Corpus juris enthaltenen Vorschriften (das Ulpianische duo sufficiant) näher gefaßt und zu vollem Beweis mit Recht die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen gefordert. Die Spielereien späterer Schriftsteller mit Viertels-, halbem und Dreiviertelsbeweis sind unserm Verfasser nichts anderes als unschuldige Vergnügungen, über welche sich zu ereifern nicht der Mühe werth sei.

Allein der Frage, ob der Richter die Qualität und den Werth der Beweismittel nach freiem Ermessen als genügend oder ungenügend zur Herstellung der Gewißheit der Thatsache taxiren dürfe, oder ob das Gesetz hiefür bindende Vorschriften geben solle, geht die Frage parallel, ob die Würdigung von Thatsachen dem freien Ermessen des Richters auch anheimzugeben sei oder nicht, dort Werthung der Beweismittel, hier Werthung von Indizien. Hier stellen nun die gemeinrechtlichen

Digitized by Google

Quellen den Satz auf: Das Indiz (præsumtio) kann entweder ein ganz schwaches sein, aus dem auf eine andere Thatsache zu schließen Verwegenheit wäre (temeraria), oder ein mittelmäßiges, das immerhin die Möglichkeit der andern Thatsache annehmen läßt (probabilis), oder ein starkes, das die zu folgernde Thatsache höchst wahrscheinlich macht (violenta), oder ein zwingendes, das die Thatsache über allen Zweifel erhebt (necessaria).

Nach dieser rechtshistorischen Digression gelangt der Verfasser zur Beantwortung der Frage:

Was für Postulate hat das moderne Prinzip der freien Beweiswürdigung aufgestellt, und was hat es Besseres an die Stelle gesetzt? Beim Eide kann, wie oben schon bemerkt wurde, der Natur der Sache nach von einer freien Beweiswürdigung nicht die Rede sein, bezüglich der Urkunden aber war die Legaltheorie ebenfalls nicht zu verbessern, weil sie schon enthielt, was die freie Beweiswürdigung forderte.

Im vollen Gegensatz dagegen zum alten gemeinen Recht, steht die moderne Anschauung, speziell die neue deutsche Zivilprozeßordnung, bezüglich der richterlichen Würdigung der Zeugen. Nicht nur ist das Requisit zweier Zeugen zu vollem Beweise aufgehoben, sondern es sind auch alle im Römischen und im Kanonischen Recht gegebenen Anhaltspunkte für Untüchtigkeit und Verdächtigkeit der Zeugen geflissentlich vermieden. Noch schlimmer ist man mit den Indizien umgegangen. Man hat dieselben einfach aller gesetzlichen Regelung enthoben, so sehr, daß man sie nicht mit Einem Wort zu erwähnen nöthig fand.

Abgesehen von den besprochenen Neuerungen zweifelhaften Werthes im Zeugenbeweis ist somit wirkliche Aenderung des alten Rechts bloß die Abschaffung der gesetzlichen Nothwendigkeit des Notheides in allen Fällen unvollständigen Zeugen- und Urkundenbeweises wie in allen Fällen von Indizien, die nicht necessaria sind. Diese Neuerung hält der Verfasser für wirklichen Gewinn, dieselbe ergibt sich ihm aber als Folge der ganz veränderten Bedeutung des Eides gegenüber dem kanonischen

Digitized by Google

Recht von selbst und ohne alle Rücksicht auf das Prinzip der sog. freien Beweiswürdigung.

Dieser kurz skizzirte Gedankengang genügt, um zu zeigen, daß die Arbeit Heuslers reich an originellen und für die gerichtliche Praxis durchaus fruchtbaren Gedanken ist. Theoretiker und Praktiker, welche die bestehenden Gesetze einer erneuten Prüfung unterwerfen und in den Geist eines allmälig neubildenden Rechts eindringen wollen, werden daher dem Verfasser für seine ebenso scharfsinnige als gründliche Analyse der gegenwärtig den Zivilprozeß beherrschenden Prinzipien Dank wissen. Man durfte daher billig erwarten, daß sowohl ein oberster Gerichtshof, in dessen Händen die Pflege und Fortbildung des vaterländischen Rechts ruht, als eine Gesetzeskommission, welche einen nenen Entwurf über den Civilprozeß auszuarbeiten hat, die von durchaus praktischem Geist getragene Arbeit des berühmten Basler Professors nicht ignorire. Groß war jedoch unsere Verwunderung, als wir in dem neuen luzernerischen Entwurf auch nicht eine Spur von dem Geiste Heuslers fanden; vollständig aber erlangten wir erst die Gewißheit, daß die epochemachende Arbeit Heuslers nicht bis in die Räume des alten Rathhauses am Kornmarkt gedrungen sei, als wir ein Urtheil des luzernischen Obergerichts vom 24. Juli 1878 zu Gesicht bekamen.

In demselben wird nämlich als unzulässig erklärt, daß eine erstinstanzliche Gerichtskommission den angetragenen Expertenbeweis von sich aus vornehme, indem, wenn auch die betreffenden Mitglieder hinlänglich Fachkenntniß besäßen, dieser Weg nach der Ansicht des Luzerner Obergerichts konsequent dahin führen würde, daß auch der zweitinstanzliche Richter in Sachen als Experte zu handeln hätte, oder aber daß er unbedingt auf das untergerichtliche Gutachten abstellen müßte. Dieser Umstand, in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 166 u. f. des C.-R.-V. erfordere, daß als Sachverständige dritte, außer den Gerichten stehende Personen beigezogen werden müßten, welche letztere dann auf Grundlage der Parteifragen ihren Befund abzugeben hätten. Die Vornahme

Digitized by Google

einer Schatzung durch das Gericht selber sei nach bisheriger Praxis nur behufs Ermittlung der Kompetenz statthaft; in Fällen aber, wo die Expertise ein Parteibeweismittel bilde, habe der Richter dritte Personen als Sachverständige zu bezeichnen (Auszüge aus den Verhandlungen des Obergerichts von 1878 Nr. 455).

Das Obergericht des Kantons Luzern kassirte dann wirklich das diesfallsige erstinstanzliche Urtheil aus dem einzigen Grunde, weil die Gerichtskommission selbst auf Verlangen der Parteien die Besichtigung und Schatzung der streitigen Objekte vorgenommen hatte.

Es konnte wohl kein schlagenderes Beispiel gewählt werden, um die von Heusler bekämpfte Anschauung über die Natur des Beweises im Allgemeinen und des gerichtlichen Augenscheins insbesondere an einem konkreten Rechtsfall darzustellen. Abgesehen davon, daß das wegen seiner in den Augen des Luzerner Obergerichts angeblich prinzipiellen Bedeutung sogar in der Zeitschrift für schweiz. Recht (23. Bd., neue Folge 1. Bd., Seite 461) mitgetheilte Judicat allen Grundsätzen der Logik total widerstreitet, indem eben die dritte Möglichkeit, wo der obere Richter, wenn er sich selber nicht für sachverständig genug hält, alsdann Experten beizieht, einfach übersehen wurde, so zeigt das angeführte Beispiel so recht deutlich, wie man dazu kommen kann, eingefleischten Schulbegriffen zu lieb, auch wenn sie an und für sich noch so wenig Sinn haben, das vielgestaltige, reale Leben zu verkümmern.

Möchte daher dieser Fall dazu dienen, zu zeigen, wie nothwendig eine erneute Prüfung und ein Durchdenken der allgemeinen Prinzipien ist, bevor man an eine Gesetzesrevision geht.

Aber auch in noch anderer Richtung ist der luzernische Entwurf sehr mangelhaft. Durch das eidgenössische Obligationenrecht ist, wie Prof. Emil Vogt in Bern ganz richtig bemerkt, das moderne Recht des Handels zum Rechte aller Bürger geworden; die Folge davon ist, daß wir Luzerner uns an ein viel prompteres Erfüllen von Vertragsverbindlichkeiten gewöhnen müssen. Mit diesen Neuerungen kann aber unser luzernischer

Digitized by Google

Recht von selbst und ohne alle Rücksicht auf das Prinzip der sog. freien Beweiswürdigung.

Dieser kurz skizzirte Gedankengang genügt, um zu zeigen, daß die Arbeit Heuslers reich an originellen und für die gerichtliche Praxis durchaus fruchtbaren Gedanken ist. Theoretiker und Praktiker, welche die bestehenden Gesetze einer erneuten Prüfung unterwerfen und in den Geist eines allmälig neubildenden Rechts eindringen wollen, werden daher dem Verfasser für seine ebenso scharfsinnige als gründliche Analyse der gegenwärtig den Zivilprozeß beherrschenden Prinzipien Dank wissen. Man durfte daher billig erwarten, daß sowohl ein oberster Gerichtshof, in dessen Händen die Pflege und Fortbildung des vaterländischen Rechts ruht, als eine Gesetzeskommission, welche einen nenen Entwurf über den Civilprozeß auszuarbeiten hat, die von durchaus praktischem Geist getragene Arbeit des berühmten Basler Professors nicht ignorire. Groß war jedoch unsere Verwunderung, als wir in dem neuen luzernerischen Entwurf auch nicht eine Spur von dem Geiste Heuslers fanden; vollständig aber erlangten wir erst die Gewißheit, daß die epochemachende Arbeit Heuslers nicht bis in die Räume des alten Rathhauses am Kornmarkt gedrungen sei, als wir ein Urtheil des luzernischen Obergerichts vom 24. Juli 1878 zu Gesicht bekamen.

In demselben wird nämlich als unzulässig erklärt, daß eine erstinstanzliche Gerichtskommission den angetragenen Expertenbeweis von sich aus vornehme, indem, wenn auch die betreffenden Mitglieder hinlänglich Fachkenntniß besäßen, dieser Weg nach der Ansicht des Luzerner Obergerichts konsequent dahin führen würde, daß auch der zweitinstanzliche Richter in Sachen als Experte zu handeln hätte, oder aber daß er unbedingt auf das untergerichtliche Gutachten abstellen müßte. Dieser Umstand, in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 166 u. f. des C.-R.-V. erfordere, daß als Sachverständige dritte, außer den Gerichten stehende Personen beigezogen werden müßten, welche letztere dann auf Grundlage der Parteifragen ihren Befund abzugeben hätten. Die Vornahme

Digitized by Google

einer Schatzung durch das Gericht selber sei nach bisheriger Praxis nur behufs Ermittlung der Kompetenz statthaft; in Fällen aber, wo die Expertise ein Parteibeweismittel bilde, habe der Richter dritte Personen als Sachverständige zu bezeichnen (Auszüge aus den Verhandlungen des Obergerichts von 1878 Nr. 455).

Das Obergericht des Kantons Luzern kassirte dann wirklich das diesfallsige erstinstanzliche Urtheil aus dem einzigen Grunde, weil die Gerichtskommission selbst auf Verlangen der Parteien die Besichtigung und Schatzung der streitigen Objekte vorgenommen hatte.

Es konnte wohl kein schlagenderes Beispiel gewählt werden, um die von Heusler bekämpfte Anschauung über die Natur des Beweises im Allgemeinen und des gerichtlichen Augenscheins insbesondere an einem konkreten Rechtsfall darzustellen. Abgesehen davon, daß das wegen seiner in den Augen des Luzerner Obergerichts angeblich prinzipiellen Bedeutung sogar in der Zeitschrift für schweiz. Recht (23. Bd., neue Folge 1. Bd., Seite 461) mitgetheilte Judicat allen Grundsätzen der Logik total widerstreitet, indem eben die dritte Möglichkeit, wo der obere Richter, wenn er sich selber nicht für sachverständig genug hält, alsdann Experten beizieht, einfach übersehen wurde, so zeigt das angeführte Beispiel so recht deutlich, wie man dazu kommen kann, eingefleischten Schulbegriffen zu lieb, auch wenn sie an und für sich noch so wenig Sinn haben, das vielgestaltige, reale Leben zu verkümmern.

Möchte daher dieser Fall dazu dienen, zu zeigen, wie nothwendig eine erneute Prüfung und ein Durchdenken der allgemeinen Prinzipien ist, bevor man an eine Gesetzesrevision geht.

Aber auch in noch anderer Richtung ist der luzernische Entwurf sehr mangelhaft. Durch das eidgenössische Obligationenrecht ist, wie Prof. Emil Vogt in Bern ganz richtig bemerkt, das moderne Recht des Handels zum Rechte aller Bürger geworden; die Folge davon ist, daß wir Luzerner uns an ein viel prompteres Erfüllen von Vertragsverbindlichkeiten gewöhnen müssen. Mit diesen Neuerungen kann aber unser luzernischer

Digitized by Google

Civilprozeß in seiner ganzen Grundlage nicht mehr bestehen bleiben, es genügt hier nicht, einzelne untergeordnete Abänderungen zu treffen.

Für eine Reihe von Befugnissen, welche das Obligationenrecht den Bürgern einräumt, gibt die bestehende Civilprozeßordnung keine genügende, sichere Entscheidung über die Form, in welcher sie gerichtlich geltend zu machen sind, über Zuständigkeit des Richters und anderes mehr. Wer ist die zuständige Behörde zur Setzung der Nothfrist nach § 122 des Obligationenrechts, wer hat die Anordnung zur Einsichtnahme der Bücher einer Aktiengesellschaft nach 641,4 des Obligationenrechts zu treffen? In welchem Verfahren ist sie anzubegehren? Suspendirt die Appellation gegen ein entsprechendes Erkenntniß dessen Ausführung? Sind alles Fragen, auf die der questionirliche Entwurf entweder keine oder nur eine ungenügende Antwort gibt.

Eine nicht uninteressante Frage entsteht fü. das Luzerner Recht speziell bezüglich der Streitverkündigung. Nach Art. 239 des eidg. Obligationenrechts hat bei Unterlassung der Streitverkündigung der Verkäufer zu seiner Entlastung den Beweis zu leisten, daß bei rechtzeitiger Streitverkündigung ein besserer Erfolg eingetreten wäre. Es ist dies im Gegensatz zur Theorie des gemeinen Rechts die Anschauung Windscheid's, der annimmt, durch die Unterlassung der Anzeige sei nichts konstatirt, als die Nachlässigkeit der Prozeßführung von Seiten des Käufers. Daß zwischen dieser Nachlässigkeit und dem Verlust des Prozesses ein Causalnexus bestehe, muß nach Windscheid derjenige beweisen, der sich auf den Causalnexus beruft, der Verkäufer. Hiemit stimmen überein die Grundsätze des Pandektenrechts und speziell l. 53 § 1 D de evict. et duplae stipul. (idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset).

Das bisherige luzernische Civilrechtsverfahren enthält dagegen die Grundsätze des justinianischen Codex, indem es § 282 bestimmt: Die Unterlassung der Streitverkündigung wird als eine Verzichtleistung auf den Regreß angesehen. Die Abweisung

Digitized by Google

der Eviktionsklage ist demnach nach Luzerner Recht das Mittel, durch welches der Käufer genöthigt wird, der Pflicht zur Anzeige nachzukommen. Vgl. l 1 C de peric. et comm. (4,48), l 8 C de evict. (8,45) [neque ex stipulatu, neque ex dupla neque ex emto actionem — habet], l 20 C eodem und besonders l 63 pr. D de evict. (21,2) [Herennius Modestinus respondit, non obesse ex emto agenti, quod denunciatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denunciandi necessitas]. Nach den Grundsätzen des luzern. Rechts hat daher nicht der Verkäufer zu seiner Entlastung den Beweis zu leisten, daß bei rechtzeitiger Streitverkündigung ein besserer Erfolg der Prozeßführung eingetreten wäre, sondern dem Käufer liegt es vielmehr zur Belangung des Verkäufers ob, zu beweisen, daß auch bei rechtzeitiger Streitverkündigung ein besserer Erfolg nicht zu erzielen gewesen wäre. An und für sich ist nun die Bestimmung des Obligationenrechts auf den Mobiliarkauf beschränkt und wird wegen des Grundsatzes „Hand wahre Hand" kaum in andern Käufen als demjenigen von einem ganzen Etablissement praktisch werden; die Norm des § 282 des Civilrechtverfahrens ist dagegen für alle übrigen Geschäfte, namentlich Kauf von Immobilien maßgebend. Es bleibt daher den Kantonen überlassen, ob sie die Grundsätze des Obligationenrechts bezüglich der Folgen der unterlassenen Streitverkündigung für den Prozeß weiter ausdehnen wollen. Der luzern. Entwurf eines neuen Civilrechtsverfahrens thut dies nun wirklich, indem er in § 86 bestimmt: Ist die Streitverkündigung ohne Veranlassung des zur Gewährleistung Verpflichteten unterblieben, so wird derselbe von der Verpflichtung zur Gewährleistung insoweit befreit, als er zu beweisen vermag, daß bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündigung ein günstigeres Ergebniß des Prozesses zu erlangen gewesen wäre. Derselbe haftet auch nicht für die Kosten des Vorprozesses. Darnach findet sich der Grundsatz des neuen Obligationenrechts auf alle Regreßansprüche, ohne Beschränkung auf solche, welche ein richterliches Urtheil zur Voraussetzung haben (Eviktionsfälle), ausgedehnt.

Digitized by Google

In Art. 238 des Obligationenrechts ist ferner die Frage nicht entschieden, ob die Streitverkündigung durch richterlich bewilligten Akt geschehen müsse. Allein auch nach allgemein prozessualischen, gemeinrechtlichen Grundsätzen ist eine bestimmte Form für die Denunziation nicht vorgeschrieben, es kommt nur darauf an, daß sie vollzogen wird, die Form ist gleichgültig. Weil jedoch der Denunziant in die Lage kommen kann, sich auf die Denunziation berufen zu müssen, so ist es des Beweises wegen heut zu Tage gewöhnlich, daß er das Gericht der Hauptsache ersucht, den Denunziaten mittels Dekrets zur Theilnahme am Prozeß aufzufordern (vgl. Wetzell's System des ordentlichen Zivilprozesses § 7, S. 53, 3. Auflage). Die Streitverkündigung muß indeß so zeitig vorgenommen werden, daß der Verkäufer Gelegenheit hat, alle ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe zur Unterstützung des Käufers zu verwenden. Die l. 29 § 3 D. de leg. III (32,1) drückt durch die Worte »prius quam judicium accipiatur« die Regel aus; daß aber die Denunziation auch nach der Litiskontestation geschehen könne, sofern nur die volle Theilnahme des Denunziaten noch möglich ist, bezeugt l. 29 § 2 D. de evict. (21,2). — Bezüglich des Umfangs, in welchem der Denunziat Antheil nehmen kann, wird jedoch in Art. 238 des Obligationenrechts ausdrücklich die kantonale Prozeßgesetzgebung für maßgebend erklärt. Nach den Prozeßordnungen der meisten Kantone kann die Streitverkündigung in jedem Stadium des Prozesses geschehen; der Verkäufer muß aber den Prozeß in der Lage aufnehmen, in welcher er ihn findet, hat also darin nicht mehr Rechte als dem Käufer selbst noch zustehen. Folgt der Denunziat der an ihn ergangenen Aufforderung, so ist sein Auftreten in jeder Beziehung als accessorische Intervention aufzufassen und zu behandeln (vgl. Fuchs: Die Lehre von der Denunziation, S. 12—52. Diese Schrift ist auch abgedruckt im Archiv f. prakt. R.-W. II 15 und III 1).

Diese Erweiterung der Bestimmungen über den Regreß, sowie die wörtliche Aufnahme des Art. 267 des Obligationenrechts (Kauf nach Muster) in den Text des neuen Entwurfes sind die zwei einzigen Aenderungen, zu welchen sich der kantonale

Digitized by Google

Gesetzgeber im Hinblick auf das neue Bundesgesetz über das Obligationenrecht bei der bevorstehenden Revision des Zivilprozesses veranlaßt finden wird. Diese meist nur formellen, in keiner Beziehung dem Sinn und Geist des neuen Obligationenrechts entsprechenden Reformen bringen uns auf den Gedanken, es möchte unsern Regenten bei dieser Revision des Zivilprozesses fast wie bei der letzten berühmt gewordenen Verfassungsrevision nicht so sehr um eine eigentliche „Revision" als vielmehr nur um eine sog. „Korrektur" zu thun sein. An derartigen „Korrekturen" (vgl. z. B. das mit allen übrigen Grundsätzen unseres bürgerlichen Gesetzbuches im Widerspruch sich befindende Gesetz über eheliche Vormundschaft von 1881) ist aber unsere Gesetzessammlung bereits schon so reich, daß es Niemand verargen wird, wenn gegenwärtige Zeilen lediglich zum Zweck geschrieben wurden, vor einer solchen neuen „Korrektur" zu warnen. —

Anzeige eingelangter Schriften.*)

König, Dr. K. G., Professor des vaterländischen Rechts an der bernischen Hochschule, Civilgesetzbuch für den Kanton Bern. Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung bearbeitet und herausgegeben. 2. Aufl., Bern, K. J. Wyß, 1883. VIII und 735 Seiten.

Boßhard, G. J., Oberrichter, und **Weibel**, Dr. J. L., Fürsprech, Sammlung der Luzerner Civil- und Civilprozeßgesetze in Verbindung mit einschlägigen Bundesgesetzen, besonders dem schweizerischen Obligationenrecht. Luzern, Doleschal, 1883. 2 Bände.

Dr. **P. Meyer von Schauensee**, das luzernische Dekret betreffend Einführung des Bundesgesetzes über das Obligationrecht. Kritische Bemerkungen. Luzern, Prell, 1883. 30 Seiten.

*) Die Besprechung muß auf die nächste Nummer verschoben werden. Ebenso eine Besprechung aller bisherigen Ausgaben des schweizerischen Obligationenrechts und einige Bemerkungen über Aktiengesellschaften. Wir hoffen, im nächsten Heft auch eine Arbeit über die Revision des bernischen Vollziehungsverfahrens bringen zu können.

Digitized by Google

Mentha, F.-H., docteur en droit, *Code fédéral des obligations (version française), critique de quelques articles.* Paris, Genève, Neuchâtel (Sandoz), 1883. 96 pages.

Supino, avv. David, e Serafini, avv. Filippo, *Il Diritto commerciale,* Rivista periodica e critica di Giurisprudenza e Legislazione. Vol I, Fasc. 1. 76 Pag. Pisa, 1883.

Rassegna di Diritto commerciale italiano e straniero, Raccolta internazionale di dottrina, giurisprudenza et legislazione commerciale comparata. Diretta dall' avvocato Maria Fiore-Goria. Torino, Firenze, Roma. Anno I. Fasc. 1. Aprile 1883. (Will unter anderm das schweizerische Obligationenrecht in extenso publiziren).

Cauwès, Economie politique. Vol. 2, (Vgl. Band 17 dieser Zeitschrift, S. 279 ff.).

Bundeskalender, Schweiz., 6. Jahrg., Bern, B. F. Haller, 1883.

Zusätze und Berichtigungen.

Im letzten Heft des 18. Jahrganges unserer Zeitschrift sind zu unserm Bedauern verschiedene Auslassungen und Druckfehler stehen geblieben, die wir zu berichtigen bitten.

1. Zum Inhaltsverzeichniß S. X sind unter den literarischen Anzeigen beizufügen:
   Hilty, Statuten von Aktiengesellschaften S. 543. Dessen Gegenbemerkungen S. 549.
   Vogt, leichtfaßliche Anleitung S. 545.
   Hafner, Obligationenrecht S. 544.
   Schneider und Fick, Obligationenrecht S. 543.

2. Druckfehler.
   S. 537, Z. 14 von unten statt „Rechtskanditaten" lies Rechtskandidaten.
   S. 538, Z. 14 von oben statt „Strafknechtschaft" lies Strafknechtschaft.
   S. 539, 2. Alinea 1. Zeile statt „Konlusion" lies Konklusion.
   S. 538, Z. 5 von unten statt im Aufsatz lies ein Aufsatz.
   S. 540, Z. 10 von oben ist nach dem Wort Resultate einzuschieben „kommt."
   S. 548, Z. 13 des 2 Alinea's statt „Jahresverträgniß" lies Jahreserträgniß.
   S. 549, Note statt „sehen darf" lies schmälert.
   S 549, Note statt „abschrelben" lies abschreiben.
   S. 551, unter dem Artikel Colombi statt „in extenso" lies *in* extenso.

N. B. Zu S. 169. Die Volksabstimmung über den bernischen E.-P. ist nachträglich auf den 3. Juni verlegt. —

Digitized by Google

Zeitschrift
des
Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIX. 2. Heft. 1883.

Zum Vormundschafts- und Eherecht des Kantons Luzern.

Das Gesetz über die Vormundschaft vom 7. März 1871 und das Gesetz über die eheliche Vormundschaft vom 25. Wintermonat 1880.

Historisch-kritische Studie von Dr. Pl. Meyer von Schauensee.

Im März 1868 wurde eine Motion des seither verstorbenen Hrn. Anton Hunkeler auf Revision der Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, betreffend die Vormundschaft, vom Großen Rath des Kts. Luzern erheblich erklärt. Seit diesem Zeitpunkt erschien dieser Gegenstand beständig auf dem Traktandenverzeichniß des Großen Raths bis endlich unterm 25. Wintermonat 1880 das Gesetz über die eheliche Vormundschaft erlassen wurde. Um die legislatorische Bedeutung dieses letztern Gesetzes, sowie desjenigen über die Vormundschaft vom 7. März 1871, gehörig würdigen zu können, wird es angezeigt sein, vorerst einen Blick auf die historische Entwicklung dieser Rechtsmaterie zu werfen.

Wie schon in ihrer Grundbedeutung die beiden Formen der Familienverbindung durch Ehe und Zeugung auseinander gehen, so findet sich auch im luzernerischen Recht eine Verschiedenheit der Vormundschaft nach diesen beiden Faktoren des

Digitized by Google

Familienlebens, die eheliche Vormundschaft auf der einen und die auf Blutsverwandtschaft gegründete Vogtei über unmündige, über volljährige, unverheirathete Weibspersonen und Wittwen auf der andern Seite. Die Bestimmungen über die Vormundschaft finden sich in den Titeln XVI, XVII und XXV des Munizipale.

Das bürgerliche Gesetzbuch von 1812*), das im Wesentlichen die Grundsätze des Stadtrechts aufgenommen, reproduzirt dieselben in seinem 2. Kapitel fast wörtlich. Der grundsätzliche Unterschied der auf Blutsverwandtschaft begründeten Vogtei lag in dem Begriff der väterlichen Gewalt. Die minderjährigen Kinder fallen unter die väterliche Gewalt, welche nach dem Tode auch auf den Vogt übergeht; die volljährigen, sofern sie nicht mit dem Vater in ungetheilter Haushaltung leben, sind dagegen der väterlichen Gewalt entwachsen, stehen aber, falls sie weiblichen Geschlechts und nicht unter der Vormundschaft eines Ehemanns sich befinden, nichtsdestoweniger unter der Vogtei.

Für die Vogtei über Unmündige sowohl als über Weiber galt der allgemeine Grundsatz, daß im eintretenden Fall dem nächstgesippten Freunde, vorausgesetzt, daß er selbst volljährig und eigenen Rechts war, die Vogtei von Rechtswegen zukomme, d. h. dem nächsten Vatermag, Bruder, Vatersbruder u. s. f. Ein solcher Vogt heißt ein „erborner" Vogt, im Gegensatz zu einem „erkornen" Vogte, der auf Bitte der zu Bevogtenden oder von Amtswegen denselben durch die Obrigkeit gegeben wurde, sofern sich in der Person des durch die Geburt dazu Berufenen nicht die gehörigen Eigenschaften fanden.

Die Weibspersonen waren insofern in der Handlungsfähigkeit beschränkt, daß sie in der Regel für alle Rechtsgeschäfte von Bedeutung mit einem Vogte versehen sein mußten.

Dagegen galt in dem luzernerischen Stadtrecht von alter Zeit her der gemeinrechtliche Grundsatz voller Handlungsfähigkeit der Kaufmannsfrau, ausgenommen „um Eigen und Erbe". Aber auch außerdem kann für das weibliche Geschlecht als solches nicht

*) Eine von der Mediationsregierung veranstaltete systematisch geordnete Sammlung der in Kraft bestehenden luz. Gesetze. Siehe Segesser, Rechtsgeschichte. Bd. IV. Anm. d. Red.

Digitized by Google

gänzlicher Mangel der rechtlichen Handlungsfähigkeit angenommen werden, sondern nur eine Beschränkung derselben.

Zu freier Verfügungsgewalt über Person und Vermögen wird das Alter der Volljährigkeit gefordert, was in den ältern Quellen mit dem Ausdruck „zu seinen Jahren kommen" oder „zu seinen Tagen kommen" bezeichnet wird.

Die eheliche Vormundschaft und speziell das eheliche Güterrecht anbetreffend, so bildete hier die Hauptmaterie die Lehre von dem zugebrachten Gut der Frau und dessen Rechten während der Ehe, beim Auffall des Mannes und beim Tode des einen Ehegatten. Als Hauptgrundsatz galt hier, daß das von der Frau in die Ehe mitgebrachte und während der Ehe ihr anfallende Gut zwar in der Verwaltung und Nutznießung des Mannes, als des Hauptes der Familie stehen soll, aber ohne Verminderung seines Bestandes — das zugebrachte Gut der Frau soll in der Hand des Ehemannes nicht wachsen noch schwinden.

Der Schwerpunkt lag aber auch schon damals auf der Sicherung des Frauenguts. Die Wurzel der ganzen Lehre von der Versicherung des Weiberguts bildete der Grundsatz des alten Stadtrechts, daß dasselbe liegen soll „als an Eigen und Erbe", wenn durch den Ehevertrag solches bedungen werde. Daher forderte denn auch das Stadtrecht von 1588 (Art. 2), daß dasjenige Gut, welches die Frau in die Ehe bringe, auf Eigen und Erbe, auf liegendes Gut des Mannes aufgeschlagen werde (Aufschlag). Schon 1548 war nämlich als allgemein stadtrechtliche Vorschrift anerkannt worden, daß derjenige, „welcher seiner Frauen Gut in Handen haben will, solches uffschlahen", d. h. auf seinem eigenen Gut pfandrechtlich versichern soll. Das Stadtrecht von 1706 verbietet die Versicherung von Frauenguts-aufschlägen auf die fahrende Habe des Mannes und fordert dafür spezielle liegende Pfänder. (Vgl. Ph. A. v. Segesser, Rechtsgeschichte Bd. 2, Seite 461 u. ff. und Bd. 4, Seite 33 u. ff.).

Das bürgerliche Gesetzbuch der Dreißigerjahre ordnete das Vormundschaftswesen im 6. Titel des Personenrechts von neuem. Derselbe zerfällt in 5 Kapitel. Das 1. enthält allgemeine

Digitized by Google

Bestimmungen, das 2. handelt von der Vogtei, das 3. von der Geschlechtsbeistandschaft, das 4. von den außerordentlichen Beiständen und das 5. vom Vormundschaftswesen in Betreff der angesessenen Fremden.

Die leitenden Rechtsgrundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches sind folgende:

1. Die Bevogtigung volljähriger Personen konnte, wo die zu bevogtende Person sich widersetzte, nur durch die Gerichte, nicht durch die Administrativbehörde geschehen.

2. Die Geschlechtsvormundschaft der ledigen, volljährigen Weibspersonen und Wittwen wurde bedeutend gemildert. Die ledigen volljährigen Weibspersonen erscheinen hier durchaus handlungsfähig, sie bedürfen nur zu Handlungen, welche das ererbte Kapitalvermögen anbetreffen, sowie bei Rechtsgeschäften um Liegenschaften der Zustimmung eines Beistandes. Im Uebrigen durften sie nach diesem Gesetze ihre Einkünfte selbst beziehen und über ihr nicht ererbtes Vermögen frei verfügen.

Das bürgerliche Gesetzbuch hatte demnach die Weibspersonen in den wichtigsten Rechtsverhältnissen emanzipirt. Allein die große Mehrzahl derselben begriff dieses nicht und machte von den ihnen eingeräumten Rechten keinen Gebrauch. Die meisten ledigen, volljährigen Weibspersonen bezogen die Einkünfte ihres Vermögens nicht selbst, sondern überließen diesen Bezug ihrem Beistande. Dieses Verhältniß hatte dann gewöhnlich zur Folge, daß der Beistand gleich einem Vogt die Einnahmen und Ausgaben der Klientin besorgte und statt eines Berichts über das auf dem Verzeichniß stehende Kapitalvermögen und seine in Bezug auf dasselbe vorgenommenen Handlungen (§§ 175 und 179) eine Rechnung (§ 153) wie ein Vogt ablegte. In diesem Umstande, daß die ledigen Weibspersonen vielfach nicht einmal von der ihnen selbst nach dem bisherigen Gesetz zustehenden Rechte des selbständigen Zinsenbezuges und der Verwaltung der nichtererbten Kapitalien Gebrauch machten, hätte man mit Dr. Kasimir Pfyffer bei ruhiger, vorurtheilsloser und nicht von doctrinärer Auffassung beeinflußter Beurtheilung einen Fingerzeig erblicken können, daß eine vollständige Emanzipation der Frauenspersonen für den

Digitized by Google

Kt. Luzern noch nicht an der Zeit sei. (Vrgl. Dr. Kas. Pfyffers Abhandlung im III. Heft der Zeitschrift der luz. juristischen Gesellschaft, Seite 115, ff.)

3. Die eheliche Vormundschaft betreffend so lag das altalemanische, in Luzern seit jeher geltende Recht der Güterverbindung auch dem bürgerlichen Gesetzbuch zu Grunde. Aus der Vorschrift des alten Stadtrechts, daß das Frauengut durch „Aufschläge" gesichert werden sollte, entwickelte sich in Luzern das Recht dahin, daß das ererbte fahrende Weibergut dem Ehemann schon anfänglich gar nicht in die Hand gegeben zu werden brauchte, sondern in der Depositalkasse aufbewahrt wurde, oder später bei eintretender Besorgniß Herausgabe oder Sicherung des empfangenen Weiberguts gefordert werden konnte. In den §§ 182 und 183 b. G. B. wurde vorgeschrieben, daß das Frauengut, soweit in Kapitalbriefen bestehend, in der s. g. Depositalkasse hinter dem Gemeinderath zu verwahren sei, und dem Manne nur mit schriftlicher Einwilligung der Frau durch amtliche Vermittlung könne herausgegeben werden. Dieses System zeigte in der Praxis keinerlei Uebelstände, die Gewohnheiten des Volkes hatten sich vollständig in dasselbe eingelebt und manches Vermögen wurde dadurch vor Verlust gesichert. Bloß der Doctrinarismus einiger Advokaten hatte dagegen einzuwenden, daß in volkswirthschaftlicher Hinsicht die Verwahrung von werbenden Kapitalien, welche vom Ehemann produktiv könnten verwendet werden, von Nachtheil sei.

Durch das Gesetz über das Verfahren bei Bevogtung volljähriger Personen vom 3. Brachmonat 1851 wurden einzig die §§ 118, 119 und 120 des b. G.-B. aufgehoben und an die Stelle des gerichtlichen Bevogtungsverfahrens die Competenz der Administrativbehörden gesetzt.

Im Uebrigen verblieb das Vormundschaftswesen im Kt. Luzern auf der durch das b. G. B. geschaffenen Grundlage bis die Motion Hunkeler im Jahr 1868 einen Gesetzesentwurf über das Vormundschaftswesen und die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten veranlaßte.

Als leitende Gedanken dieses Entwurfes sind hervorzuheben:

Digitized by Google

1. Neben der vollen Vogtei über Minderjährige, Verschwender oder Kranke gibt es eine Beschränkung der Vermögensverwaltung, bei welcher der Mündel nicht über das Kapital verfügen kann.

2. Zeitweilige Verbeiständung wird angeordnet zum Schutz von Frauenspersonen, die vor der Ehe einen Ehevertrag oder während der Ehe mit ihrem Gatten ein Rechtsgeschäft abschließen wollen; ebenso von Minderjährigen, die mit ihren Eltern oder mit dem Vormund einen Vertrag eingehen wollen.

3. Eine weitergehende Verbeiständung von Frauenspersonen gibt es nicht mehr.

4. Die Mutter, Stiefmutter, Großmutter oder Muhme kann an der Stelle eines verstorbenen oder unfähigen Vaters in die Ausübung der Vermögensverwaltung eintreten, wenn sie es nicht ablehnen oder der Vater nicht vor seinem Tode einen Vormund bezeichnet hat, oder das Beste des Kindes nicht eine andere Verfügung erheischt. Auch bei Wiederverehelichung der Mutter kann dies fortdauern.

5. Die bisherige Bevogtung wegen Strafhaft tritt nur ein, wo der Verhaftete nicht einen Vertreter selbst bestellt.

Dieses Gesetz litt von Anfang an an Halbheiten, hat sich in der Praxis sehr schlecht bewährt und stellt sich so recht eigentlich als das Produkt eines die wahren Interessen des Volkes verkennenden Doctrinarismus, der Alles der Schulschablone zu opfern geneigt ist, dar.

Vorab getraute man sich eben nicht die Consequenzen, die aus der Beseitigung der Geschlechtsbeistandschaft flossen, voll und ganz zu ziehen. Die neue Beistandschaft (§ 3, lit. d, e und f) trägt alle Merkmale der früheren Geschlechtsbeistandschaft an sich. Ihr Zweck, das Kapitalvermögen des Verbeiständeten zu erhalten, war entscheidend, jedoch fällt nun nicht bloß das ererbte Kapitalvermögen, wie bei der frühern Geschlechtsvormundschaft, sondern das ganze beim Beginn der Beistandschaft vorhandene und während derselben anfallende Kapitalvermögen unter die vormundschaftliche Obsorge. In der Verbeiständung der Braut, die mit ihrem Bräutigam einen Ehevertrag, und der Ehefrau, die mit ihrem

Digitized by Google

Gatten ein Rechtsgeschäft abschließt, zeigt sich die Geschlechtsbeistandschaft noch völlig in ihrer alten Gestalt.

Während nun aber die Geschlechtsbeistandschaft, wie sie das bürgerliche Gesetzbuch kannte, ihrer Natur nach auf das weibliche Geschlecht beschränkt blieb und in der sehr modifizirten Art und Weise, wie sie in den §§ 174—180 (incl.) b. G.-B. normirt war, die Selbständigkeit der Frauen keineswegs in chicanöser Weise beschränkte, so ist nun durch § 3, lit. d, der Willkür der Gemeindebehörden Thür und Thor geöffnet worden. Ohne allen zureichenden Grund, aus bloßer Chicane, aus reinem Uebelwollen, kann gegenwärtig die Beistandschaft über eine volljährige Mannsperson verhängt werden. Die Bestimmung: „Ein Beistand muß bestellt werden: einer Person, von welcher in Beziehung auf Besorgung ihres Vermögens solche Handlungen bekannt sind, die noch nicht eine Vogtschaft hinlänglich begründen, deren Wiederholung aber eine solche herbeiführen müßte", ist viel zu vage, namentlich wo ein so wichtiges Gut wie die ökonomische und rechtliche Selbständigkeit in Frage kommt. Mit der Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaft hat man einige wenige, nicht sehr als Hemmniß empfundene Schranken, die unbestritten in sehr vielen Fällen heilsam gewirkt, entfernt, durch Aufnahme des § 3, lit. d ins Gesetz hat man dagegen die wichtigsten Garantien der persönlichen Freiheit leichten Herzens aufgegeben. Einen solchen Tausch konnte eben nur ein von der Schulschablone eingenommener Doctrinarismus, wie er sich in den Berathungen dieses Gesetzes geltend machte, als einen Fortschritt begrüßen.

Dem neuen Institut der „Beistandschaft", das als Uebergangsstufe zur Vogtschaft dienen sollte und im Wesentlichen der frühern Geschlechtsbeistandschaft nachgebildet war, ist aber noch dadurch die Krone aufgesetzt worden, daß in § 22 bestimmt wurde: Jedoch ist im Falle einer freiwillig angerufenen Beistandschaft der wirkliche Erlaß einer Publikation der Würdigung des Gemeinderathes anheimzugeben!

Als weitere Unklarheiten des Gesetzes heben wir ferner hervor den § 67: „Einer verbeiständeten Person bleibt das

Digitized by Google

Recht, das Einkommen von ihrem Vermögen zu beziehen und die mit ihrem Beruf oder Gewerb verbundenen gewöhnlichen Handlungen zu besorgen. Durch solche Handlungen kann jedoch nur das ihrer Verfügungsgewalt anvertraute Vermögen verbindlich gemacht werden."

Wie kommt bei einer solchen Bestimmung der dritte Contrahent, bezw. der Vertreter weg? Wenn der Vormund aber seine Pflichten aus § 36 entnehmen muß, so ist ihm Glück zu wünschen.

Nicht einmal das von der Kommission vorgeschlagene gerichtliche Bevogtungsverfahren wurde adoptirt und so werden auch gegenwärtig noch die Bevogtungen vom Gemeinderath verfügt.

Auch die Redaktion des Gesetzes ist nicht überall zutreffend. Der Mangel an Präzision und Klarheit hat sich in der Anwendung schwer gerächt und vielerlei Schwierigkeiten veranlaßt. — Die Geschlechtsbeistandschaft ist nun durch Art. 5 des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881 aufgehoben worden. Wie juristisch und praktisch begründet dagegen die übrigen durch das Vormundschaftsgesetz vom 7. März 1871 geschaffenen Neuerungen waren, ergibt sich am besten daraus, daß die seitherige Bundesgesetzgebung (Bundesgesetze vom 14. und vom 22. Brachmonat 1881), die meisten derselben aufgehoben hat. Es wurden diesfalls aufgehoben:

1. § 3 lit. a insofern, daß im Falle des Abschlusses eines Ehevertrages (Heirathsverkommnisses), eine Beistandschaft nur dann einzutreten hat, wenn die betreffende Weibsperson minderjährig oder gemäß Bundesgesetzgebung ganz oder theilweise handlungsunfähig ist. (Art. 1 und 5 des Bundesgesetzes vom 22. Brachmonat 1881).

2. Der famose § 22 Abs. 2, wonach für den Fall einer freiwillig angerufenen Beistandschaft der Erlaß einer Publikation in das Belieben des Gemeinderaths gestellt wurde, ist durch Art. 6 des Bundesgesetzes b. d. H. F. aufgehoben worden. Zu Folge dieser letztern Gesetzesstelle wirken Beschränkungen der Handlungsfähigkeit gutgläubigen Dritten gegenüber erst, nachdem sie in einem amtlichen Blatte des Kantons, in welchem die Vormund-

Digitized by Google

schaft verhängt wurde, und wenn der Bevormundete in diesem Zeitpunkt in einem andern Kanton seinen Wohnsitz hatte, auch in diesem Kanton veröffentlicht worden sind.

Der § 22, Abs. 2 ist eben in das Vormundschaftsgesetz von 1871 entgegen allen Rechtsgrundsätzen aufgenommen worden und war von Anfang an eine stete Gefährde für das Verkehrsleben und für die Rechte gutgläubiger Drittter.

3. Der oben erwähnte § 67, wonach einer verbeiständeten Person gestattet war, die mit ihrem Beruf oder Gewerb verbundenen gewöhnlichen Handlungen zu besorgen, für solche Handlungen aber nur das ihrer Verfügungsgewalt anvertraute Vermögen verbindlich gemacht werden konnte, ist durch den Artikel 34 des eidgenössischen Obligationenrechts ebenfalls glücklicherweise aufgehoben. Dieser lautet: „Wird einer in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkten Person von ihrem gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Berufs oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, so haftet sie mit ihrem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften, welche zu dem regelmäßigen Betrieb dieses Berufes oder Gewerbes gehören."

Es haben sich denn auch die meisten Errungenschaften des Vormundschaftsgesetzes von 1871, namentlich das von der s. g. Fachmännerkommission mit so großer Emphase empfohlene neue Institut der „Beistandschaft" in der Folge als Illusionen herausgestellt.

Die Befreiung von dem einigen Theoretikern so sehr verhaßten Institut der „Geschlechtsbeistandschaft" hätte man also beim einfachen Zuwarten durch die Bundesgesetzgebung erlangt und hätte dafür nicht all den heillosen Rechtswirrwar, wie das Vormundschaftsgesetz vom März 1871 ihn uns gebracht, anzurichten gebraucht. Durch solche gesetzgeberische Thaten vermehrt man allerdings im Volke den Respekt vor dem s. g. Gesetzesrecht der Juristen nicht besonders. Beim Durchlesen derartiger gesetzgeberischer Flickwerke, wie das Vormundschaftsgesetz von 1871, das Gesetz über eheliches Güterrecht von 1880, ꝛc., bekommt man unwillkürlich wiederum Respekt vor dem alten luzernerischen

Digitized by Google

Recht, das Einkommen von ihrem Vermögen zu beziehen und die mit ihrem Beruf oder Gewerb verbundenen gewöhnlichen Handlungen zu besorgen. Durch solche Handlungen kann jedoch nur das ihrer Verfügungsgewalt anvertraute Vermögen verbindlich gemacht werden."

Wie kommt bei einer solchen Bestimmung der dritte Contrahent, bezw. der Vertreter weg? Wenn der Vormund aber seine Pflichten aus § 36 entnehmen muß, so ist ihm Glück zu wünschen.

Nicht einmal das von der Kommission vorgeschlagene gerichtliche Bevogtungsverfahren wurde adoptirt und so werden auch gegenwärtig noch die Bevogtungen vom Gemeinderath verfügt.

Auch die Redaktion des Gesetzes ist nicht überall zutreffend. Der Mangel an Präzision und Klarheit hat sich in der Anwendung schwer gerächt und vielerlei Schwierigkeiten veranlaßt. — Die Geschlechtsbeistandschaft ist nun durch Art. 5 des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881 aufgehoben worden. Wie juristisch und praktisch begründet dagegen die übrigen durch das Vormundschaftsgesetz vom 7. März 1871 geschaffenen Neuerungen waren, ergibt sich am besten daraus, daß die seitherige Bundesgesetzgebung (Bundesgesetze vom 14. und vom 22. Brachmonat 1881), die meisten derselben aufgehoben hat. Es wurden diesfalls aufgehoben:

1. § 3 lit. a insofern, daß im Falle des Abschlusses eines Ehevertrages (Heirathsverkommnisses), eine Beistandschaft nur dann einzutreten hat, wenn die betreffende Weibsperson minderjährig oder gemäß Bundesgesetzgebung ganz oder theilweise handlungsunfähig ist. (Art. 1 und 5 des Bundesgesetzes vom 22. Brachmonat 1881).

2. Der famose § 22 Abs. 2, wonach für den Fall einer freiwillig angerufenen Beistandschaft der Erlaß einer Publikation in das Belieben des Gemeinderaths gestellt wurde, ist durch Art. 6 des Bundesgesetzes b. d. H. F. aufgehoben worden. Zu Folge dieser letztern Gesetzesstelle wirken Beschränkungen der Handlungsfähigkeit gutgläubigen Dritten gegenüber erst, nachdem sie in einem amtlichen Blatte des Kantons, in welchem die Vormund-

Digitized by Google

schaft verhängt wurde, und wenn der Bevormundete in diesem Zeitpunkt in einem andern Kanton seinen Wohnsitz hatte, auch in diesem Kanton veröffentlicht worden sind.

Der § 22, Abs. 2 ist eben in das Vormundschaftsgesetz von 1871 entgegen allen Rechtsgrundsätzen aufgenommen worden und war von Anfang an eine stete Gefährde für das Verkehrsleben und für die Rechte gutgläubiger Drittter.

3. Der oben erwähnte § 67, wonach einer verbeiständeten Person gestattet war, die mit ihrem Beruf oder Gewerb verbundenen gewöhnlichen Handlungen zu besorgen, für solche Handlungen aber nur das ihrer Verfügungsgewalt anvertraute Vermögen verbindlich gemacht werden konnte, ist durch den Artikel 34 des eidgenössischen Obligationenrechts ebenfalls glücklicherweise aufgehoben. Dieser lautet: „Wird einer in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkten Person von ihrem gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Berufs oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, so haftet sie mit ihrem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften, welche zu dem regelmäßigen Betrieb dieses Berufes oder Gewerbes gehören."

Es haben sich denn auch die meisten Errungenschaften des Vormundschaftsgesetzes von 1871, namentlich das von der s. g. Fachmännerkommission mit so großer Emphase empfohlene neue Institut der „Beistandschaft" in der Folge als Illusionen herausgestellt.

Die Befreiung von dem einigen Theoretikern so sehr verhaßten Institut der „Geschlechtsbeistandschaft" hätte man also beim einfachen Zuwarten durch die Bundesgesetzgebung erlangt und hätte dafür nicht all den heillosen Rechtswirrwar, wie das Vormundschaftsgesetz vom März 1871 ihn uns gebracht, anzurichten gebraucht. Durch solche gesetzgeberische Thaten vermehrt man allerdings im Volke den Respekt vor dem s. g. Gesetzesrecht der Juristen nicht besonders. Beim Durchlesen derartiger gesetzgeberischer Flickwerke, wie das Vormundschaftsgesetz von 1871, das Gesetz über eheliches Güterrecht von 1880, ꝛc., bekommt man unwillkürlich wiederum Respekt vor dem alten luzernerischen

Digitized by Google

Stadtrecht, das mehr denn 400 Jahre unverändert in Kraft gestanden und alle Beziehungen des gewöhnlichen Lebens geregelt hatte, ohne zu seiner Anerkennung eines besondern Richter- oder Gelehrtenstandes zu bedürfen. Dasselbe mußte tief eingedrungen sein in das Rechtsbewußtsein des Luzernervolkes, denn was von der eigentlichen Rechtskunde im Gegensatz zur Gesetzeskunde heutzutage noch im Volke lebt, knüpft sich an die Bestimmungen jenes vierhundertjährigen Rechtsbuches, das selbst nicht ein Produkt der schaffenden Gesetzgebung, sondern eine Sammlung und Fortbildung des Gewohnheitsrechts war. (Vrgl. Anton Philipp von Segesser. Ueber das bürgerliche Gesetzbuch von 1812, im III. Heft der Zeitschrift der luz. jurist. Gesellschaft, Seite 25 u. ff).

Wo die Gesetzbücher sich bescheiden, wirkliche Gesetzbücher zu sein, dem Kaiser vindiziren, was des Kaisers ist, da bedarf es, wie die Geschichte an den 12 Tafeln in Rom und an der peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. lehrt, nicht gerade einer hohen wissenschaftlichen Bildung um ein brauchbares Gesetzbuch zu Stande zu bringen, denn Alles, was reine Theorie ist, bleibt ausgeschlossen.

Wenn übrigens das moderne Recht auch im Allgemeinen die Rechtsungleichheit der beiden Geschlechter im Gebiet des Privatrechts immer mehr beseitigt, so läßt sich doch das Prinzip der Gleichberechtigung nirgends ohne Einschränkungen durchführen. So enthält das Preuß. Landrecht, II. 18, § 51 die Bestimmung: Unter die Personen, welche gewisse Angelegenheiten nur mit Zuziehung eines Beistandes vornehmen können, gehören: 1. volljährige unverheirathete Frauenspersonen; 2. diejenigen verheiratheten Personen, welche weder eines Vormundes, noch eines Curators bedürfen. Beinahe jede Gesetzgebung statuirt denn auch derartige Ausnahmen. So ist die Unfähigkeit der Weiber, Vormundschaften zu übernehmen im deutschen Recht in demselben Umfang wie im römischen Recht anerkannt. Weitere Beschränkungen der Handlungsunfähigkeit ergeben sich für verheirathete Frauen aus der Stellung, welche sie innerhalb der Ehe einnehmen.

Während dagegen die Zurücksetzung im erbrechtlichen Erwerb in Deutschland nur noch beschränkt bei Bauerngütern, und regel-

Digitized by Google

mäßig für Familienfideicommisse und die Besitzungen des hohen Adels gilt, so hat das luzernerische Erbrecht diesfalls eine für das weibliche Geschlecht sehr empfindliche Ungleichheit beibehalten. Wäre es daher den luzernerischen Gesetzgebern daran gelegen gewesen, die rechtliche Stellung der Frauen wirklich zu verbessern, so würde man vor Allem die Gleichberechtigung derselben im Erbrecht anerkannt haben. Nach § 391 des b. G.-B. wird nämlich die Verlassenschaft des Vaters zwischen den Söhnen und Töchtern dergestalt getheilt, daß ein Sohn fünf und eine Tochter vier Theile erhält. Zudem sind nach § 392 b. G.-B. die Liegenschaften den Söhnen um drei Viertheile des wahren Werthes zu überlassen. Zu Folge dieser Bestimmungen wird das Erbrecht der Töchter nach luzernerischem Recht, für den Fall, wo die Verlassenschaft größtentheils in Liegenschaften besteht, geradezu illusorisch. Durch Aufhebung dieser Ungleichheit hätte nun der Gesetzgeber etwas Reelles für die Verbesserung der rechtlichen Stellung der Frauen thun können.

Dies scheint jedoch nicht beliebt zu haben. Statt dessen wurde durch den § 67, im Widerspruch mit der ganzen Rechtsentwicklung, eine neue Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Frauen eingeführt. Schon im Recht des Mittelalters findet sich für die s. g. Handels- oder Kauffrauen die völlige Gleichstellung mit den Männern ausgesprochen.

Es galt dies namentlich für die Wittwen der Innungsmeister, sie hatten mit Rücksicht auf ihr Gewerbe dieselbe Handlungsfähigkeit wie ein Mann und entbehrten der weiblichen Rechtswohlthaten.

Behufs Nachweises dieser sehr ausgedehnten Haftbarkeit der sog. Handels- oder Kauffrauen wird sogar in den Handbüchern des deutschen Privatrechts auf den Art. 34 des alten Luzerner Stadtrechts verwiesen (vergl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, I. Bd., Berlin 1871). Derselbe lautet: Warumb ein frow vor Ratt old gericht ane ein vogt antwurtten sol. 34. Wir setzen ouch vnd wellen das für vnser Stattrecht halten, welche frow koufft und verkoufft, die sol ouch vor Ratt vnd gericht

Digitized by Google

antwurtten, das sy Iren vogt nit darff dar In ziehen, dann sy sol ane Iren vogt recht geben und nemen, vsgenomen vmb eigen vnd vmb erb.

Wie stimmte nun mit diesem in Luzern althergebrachten Rechtsgrundsatz der oben angeführte § 67 überein?

Der Große Rath des Kantons Luzern hat dieses Gesetz über die Vormundschaft am 18. Januar 1871 in der Schlußabstimmung mit 43 Stimmen gegen 42 verworfen, ist dann aber auf eine Frauenpetition aus Luzern, Kriens, Vitznau, Meggen, Hitzkirch, Hochdorf, Ettiswil, Schüpfheim, Escholzmatt, Sursee, Dagmersellen, Zell, Ruswyl, Reiden, Langnau, und Willisau-Stadt wieder auf seinen Beschluß zurückgekommen und hat am 7. März gl. Jahres mit 49 gegen 34 Stimmen das Gegentheil beschlossen.

Der 6. Titel des ersten Theils des bürgerlichen Gesetzbuches, der von der Vormundschaft handelte, enthielt aber, wie oben bereits angegeben wurde, zugleich die Bestimmungen über die eheliche Vormundschaft, welche nur als eine Art der Geschlechtsbeistandsschaft behandelt war. So wurde denn von der Kommission gleichzeitig mit dem Entwurf eines Vormundschaftsgesetzes auch derjenige eines Gesetzes betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten ausgearbeitet. Allein dieser letztere Entwurf über das eheliche Güterrecht wurde im Jahr 1871 noch nicht durchberathen, es stieß derselbe vielmehr auf große Hindernisse, weil man auch hier wieder in weitgreifende materielle Aenderungen gerathen war und wurde daher an die Kommission zurückgewiesen. Ein Entwurf von 1873 stellte dann das Prinzip auf, daß Güterverbindung unter der Hand und Verwaltung des Ehemannes obligatorisch, ohne Einspruchsrecht der Ehefrau oder einer Behörde, einzutreten habe, wenn der Ehemann der Vormundschaftsbehörde für die Hälfte des ihm zu übergebenden beweglichen Weiberguts angemessene Sicherheit leiste. Thue er das nicht, so sei vom beweglichen Frauenvermögen der Betrag bis zur Hälfte desselben dem Ehemann vorzuenthalten und in die Depositalkasse niederzulegen, und es bleibe dem Ehemann nur die Nutznießung an diesem Theile. Dasselbe gelte für das der Frau während der

Digitized by Google

Ehe zufallende Vermögen. Die gesicherte Hälfte müsse unantastbar bleiben, bestimmte Ausnahmen vorbehalten. Dieser Entwurf passirte im März 1874 die 1. Lesung im Großen Rath. Die 2. Berathung im Sommer wurde dagegen verschoben, und zwar mit Rücksicht darauf, daß die Stellung der Frau im Konkurse des Mannes einen Hauptstreitpunkt bildete, nun aber demnächst ein eidgenössisches Konkursgesetz erlassen werde, das man lieber noch abwarten wollte. Als dann die Aussicht auf ein baldiges Zustandekommen eines eidgenössischen Konkursgesetzes schwand, wurde die Sache wieder an die Hand genommen und 1878 ein neuer Entwurf ausgearbeitet. Von diesem Zeitpunkt an bietet nun die Angelegenheit ein ganz besonderes Interesse, und zwar deshalb: Die Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaft war die Veranlassung zur Revision des Vormundschaftsgesetzes. Die im Jahr 1871 erfolgte wesentliche Umgestaltung des Vormundschaftsgesetzes aber machte wiederum eine Revision der das eheliche Güterrecht beschlagenden Rechtsmaterie nothwendig.

Mittlerweilen aber hatte man den Ausgangspunkt der ganzen Bewegung (Beseitigung der Geschlechtsbeistandschaft) vergessen und es nannte nun im Jahr 1878 die Kommission ihren zweiten Entwurf nicht mehr „Gesetz betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten" sondern „Gesetz über die eheliche Vormundschaft." Nach Auffassung der Komission erscheinen nämlich die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe einfach als Ausfluß der ehelichen Vormundschaft (Verhandlungen des Großen Raths für 1879 Seite 10 und ff.). Ueber diese Auffassung der großräthlichen Kommission sagt nun Gerber (Gesammelte juristische Abhandlungen, II. Seite 328 u. ff.): „Die bevorzugte Stellung des Mannes kann nicht mehr auf das alte Mundium und die Geschlechtsvogtei zurückgeführt werden. Diese Begriffe gehören einer Zeit an, in der ein bedeutendes Stück der öffentlichen Gewalt noch in der autonomen Macht des Hausherrn ruhte, in welcher das wehrlose (oder wie man später annahm, das seiner Natur nach leichtfertige) Weib nebst andern schutzbedürftigen Personen seine Vertretung fand. Davon ist heutzutage nicht mehr die Rede. Jetzt ist es nicht mehr die politische, sondern lediglich die

Digitized by Google

natürliche Stellung der Dinge, welche dem Manne jenes Uebergewicht, die Herrschaft im Hause verleiht. „Alle Dinge sollen sein in des Mannes Hand", heißt der allgemeine Grundsatz des kleinen Kaiserrechts (2,100). Das gestaltende Prinzip der ehelichen Gütervereinigung ist aber überhaupt kein juristisches, sondern ein sittliches Postulat des ehelichen Lebens, und in den privatrechtlichen Genossenschaftsverhältnissen ist keine Formel dafür zu suchen. Die rechtliche Stellung des Mannes zu dem Frauengut ist die eines stellvertretenden Verwalters eines fremden Vermögens für einen allgemeinen bestimmten Zweck." —

Das neue Gesetz wurde indeß gleichwohl „Gesetz über die eheliche Vormundschaft" genannt und als Gewährsmann für diese originelle Auffassung wird von der großräthlichen Kommission Johann Caspar Bluntschli (Kommentar zu § 138 des zürcher. Pr.-G.-B.) angeführt.

Auch dieses Gesetz steht in krassem Widerspruch mit allen im Kt. Luzern in dieser Rechtsmaterie bis anhin geübten Grundsätzen. Das eheliche Güterrecht im Kt. Luzern beruht nämlich, wie oben schon angedeutet wurde, mit der Mehrzahl der schweizerischen Rechte auf dem System der ehelichen Güterverbindung. Der Ausgangspunkt desselben ist der Gedanke, daß die Ehe an der Zuständigkeit des Vermögens der Gatten nichts ändert. Sie ist wesentlich eine Verbindung zu persönlich-sittlichen Zwecken und hat zunächst auf das Güterwesen keine Beziehung. Der Mann wie die Frau bleiben daher Eigenthümer, Nießbraucher, Gläubiger, Schuldner u. s. w., ebenso in der Ehe wie sie das vor der Ehe gewesen sind. Gerber spricht diesen Gedanken Seite 315 u. ff. des zitirten Werkes sehr treffend dahin aus:

„Die vollendete Lebensgemeinschaft, welche das Wesen der Ehe, und wenn man so will, ganz vorzüglich der deutschen Ehe darstellt, ist eine sittlich-freie; sie vernichtet keineswegs die selbständige Persönlichkeit der Gatten, verwandelt sie nicht in „eine Person", sondern begründet nur eine umwandelbare Einigung derselben im Wollen und Handeln. Eine unmittelbare Beziehung auf das

Digitized by Google

Vermögen hat die Ehe nicht, aber als ein den ganzen Menschen erfassendes Verhältniß bleibt sie nicht ohne allen Einfluß auf diese wichtige Seite des äußeren Lebens. Ihre Forderung in Bezug auf das Gebiet des Vermögens besteht aber offenbar nur darin, daß hier jene Einigung im Wollen und Handeln, welche im Wesen der Ehe überhaupt liegt, nicht unterbrochen werde. Aber auch hier ist diese keine mechanische, sondern eine sittliche, auf freier Unterwerfung unter das Gesetz der Liebe beruhende, d. h. in dem Gefühle des Gatten wird der eigennützige Gedanke des Sondervermögens keinen Raum finden, jeder wird sein Vermögen ohne Rückhalt als den Zwecken der Ehe dienstbar betrachten. Nun ist dies offenbar, daß es nicht Aufgabe des Rechts sein kann, dies Resultat in plumper Zudringlichkeit durch eine Zwangseinrichtung festzustellen, aus jenem edlen Gedanken die rohe Consequenz einer mechanischen Eigenthumstheilung bei der Ehe zu ziehen. Ich läugne nicht, mir hat das Institut der Gütergemeinschaft immer den Eindruck einer juristischen Petulanz gemacht, eines frivolen und zerstörenden Eingriffs in ein Verhältniß sittlicher Freiheit. Es liegt etwas Verletzendes und Beschämendes in einer Vorschrift, welche ankündigt: sobald du heiratheſt verlierst du die Hälfte deines Vermögens, gewinnst aber die Hälfte des Vermögens deines Gatten."

Als Consequenzen des Prinzips der Güterverbindung sind demnach hervorzuheben:

1. Das Recht des Mannes am Frauengut hat in keiner Weise die Natur einer dinglichen Berechtigung. Es ist lediglich ein auf der natürlichen Stellung des Mannes beruhendes Forderungsrecht, allgemeiner Vermögensprokurator der Ehefrau in und für das eheliche Leben zu sein, und demgemäß den Besitz, die Verwaltung und bis auf einen gewissen Grad auch die Verfügung über ihre Güter zu haben.

2. Alles was in der Ehe durch Thätigkeit, Fleiß und Glück irgend welcher Art von den Eheleuten erworben wird, das fällt dem Ehemann zu, als dem Herrn der ehelichen Wirthschaft.

Die Errungenschaft muß schon deshalb dem Manne gehören, weil es vorab völlig in die Willkür des Mannes gestellt

Digitized by Google

ist, die Größe der ehelichen Bedürfnisse festzusetzen, sodann aber weil von einem absoluten Ueberschuß erst am Schlusse der Ehe die Rede sein kann.

3. Eine Verfügungsgewalt, ein Recht der materiellen Verwendung hat der Mann nur in Bezug auf die Früchte des Frauenguts. Nur insoweit läßt das Recht in der Verfügung über ihre Güter die Frau durch den Mann repräsentirt werden, er soll die Früchte ihres Vermögens an ihrer Stelle gewinnen und als Beitrag für die ehelichen Bedürfnisse verbrauchen. Reichen diese und die eigenen Mittel des Mannes nicht aus, so wird sie nicht widerstreben, auch die Substanz ihres Gutes preiszugeben, aber hiezu bedarf es ihrer besondern Zustimmung.

In jener Verwendung der Früchte des Frauenguts ist der Mann freilich völlig unbeschränkt. Daher ist er auch berechtigt, dieselben zur Bezahlung seiner Schulden, gleich ob voreheliche oder eheliche, zu verwenden. Insoweit, aber auch nur bis auf diesen Punkt, ist der Grundsatz berechtigt: „die den Mann trauet, trauet seine Schuld."

Die Frau hat demnach, wenn die Verbindung sich löst, ein Vindikationsrecht auf diejenigen Gegenstände ihres Zugebrachten, welche noch in natura vorhanden sind.

Ein sehr wesentlicher Punkt, vielleicht der Cardinalpunkt, im System der Güterverbindung ist die Art und Weise der Sicherung des Frauenvermögens. Die Bestimmungen des luzern. bürgerlichen Gesetzbuches waren nun im Wesentlichen den hier entwickelten, richtigen Grundsätzen über die Güterverbindung entnommen.

In den §§ 182 und 183 b. G.-B. war vorgeschrieben, daß das Frauengut, soweit in Kapitalbriefen bestehend, in der sog. Depositalkasse zu verwahren sei und dem Manne nur mit schriftlicher Bewilligung könne herausgegeben werden.

Die diesfallsige Rechtsanschauung war, wie nicht bald ein anderer Rechtssatz des bürgerlichen Gesetzbuches, ins Rechtsbewußtsein des Volkes übergangen und verdiente um so mehr Beachtung, weil sich in demselben ein theoretisch und praktisch durchaus gesundes Prinzip offenbarte.

Digitized by Google

Gesetzesrevisionen haben wohl einen Zweck, wo ein Gesetz oder ein Rechtssatz sich als unzulänglich darstellt oder derselbe gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs keine Existenzberechtigung mehr hat, nicht aber wo eine Rechtsmaterie auf vollständig rationelle Weise geordnet sich befindet.

Die in Luzern vereinzelt sich geltend machende Tendenz, dem Ehemann freiere Hand in Verwaltung und Disposition über das Frauengut zu geben, war mehr eine künstlich gemachte als eine aus dem wirklichen Rechtsbewußtsein des Volkes hervorgegangene.

Die wesentliche Abweichung des Entwurfes von 1878 vom bisherigen Gesetz, sowie vom Entwurf von 1873, besteht nun darin, daß die Sicherung der Hälfte des Frauenguts wegfiel, dagegen der Frau für ihr Eingebrachtes ein Konkursprivileg gewährt wurde.

Das Weibergutsprivileg erscheint nun aber nirgends als die prinzipielle Consequenz eines eherechtlichen Grundsatzes.

In das System der Gütergemeinschaft paßt es gar nicht, denn es steht im Widerspruch mit dem Prinzip des Gesammtguts.

Das System der Güterverbindung aber, in der einzig richtigen prinzipiellen Auffassung, abgesehen von positivem statutarischem Material, führt dagegen nach unserer oben entwickelten Anschauung dahin, daß man dem Manne bloß eine Verfügungsgewalt in Bezug auf die Früchte des Frauenguts zuerkennt. Die Befugniß zur Veräußerung des beweglichen Frauenguts rechtfertigt sich lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verwaltung und bedarf nach Ansicht der ersten juristischen Autoritäten strenger Beschränkung durch die Gesetzgebung und keineswegs größerer Ausdehnung. Das ältere deutsche Recht verlangte die Zustimmung der Frau zur Veräußerung von Immobilien, weil in damaliger Zeit der größte Theil des Vermögens in Immobilien angelegt wurde; jetzt spielt das Mobiliarvermögen eine ungleich bedeutsamere Rolle und die ratio legis fordert deshalb, daß auch hier der Mann dem ganzen Prinzip der Güterverbindung gemäß die Bewilligung der Frau einhole, immerhin unter Wahrung der Verwaltungsrechte des Mannes.

Digitized by Google

Es ist die hier entwickelte Ansicht, wonach bloß die Früchte des Frauenguts der Verfügungsgewalt des Mannes unterliegen, die einzig richtige Entwicklung des gewiß sehr gesunden und historisch gut begründeten Prinzips der Gütereinheit, resp. Güterverbindung.

Das Konkursprivileg anbelangend hat aber Professor Andreas Heusler in einer vortrefflichen Arbeit, betitelt: „Das Weiberguts-privileg und das schweizerische Konkursgesetz" in der Zeitschrift für schweizerisches Recht (23. Band, neue Folge I. Bd., Seite 17 u. ff.), gezeigt, daß dasselbe nur bezüglich des von Gesetzes wegen in die Verwaltung und Verfügung des Mannes gelangten Vermögens Sinn hat. Heusler sagt hierüber, Seite 45: Eine Frau, die gesetzlich in Gütertrennung mit ihrem Manne lebt, also von Gesetzeswegen durchaus nicht gezwungen ist, ihr Vermögen dem Manne anzuvertrauen, aber aus freien Stücken es ihm zu vielleicht von ihr gekannten leichtsinnigen Spekulationen überantwortet, kann in seinem Konkurse keines Privilegs genießen, sie ist einfacher chirographarischer Gläubiger, und das Privileg darf nur Ersatz für gesetzlichen Zwang zur Ueberlassung des Vermögens an den Mann sein. Könnte das vielleicht schon daraus deduzirt werden, daß man interpretiren würde, ein solches Vermögen sei gar nicht „in die Ehe gebracht", sei außerhalb der Ehe geblieben, so käme man doch damit nicht mehr aus im System der Güterverbindung bezüglich der von der Frau eingebrachten Liegenschaften, die der Mann, ohne ihren Consens, zwar nicht veräußern kann, die er aber doch verwaltet und nutzt und die also sicherlich „in die Ehe gebracht" sind. Ich nehme an, daß wenn eine Frau ihre Einwilligung zu Veräußerung einer von ihr eingebrachten Liegenschaft gegeben hat, sie in nachher erfolgendem Konkurse des Ehemanns diese Liegenschaft, resp. den Werth derselben, nicht unter der priviligirten Weibergutsforderung sollte einbegreifen können, denn das Gesetz hat sie nicht genöthigt, dieses Verfügungsrecht des Mannes zu ermöglichen. –

Diese von Heusler äußerst präcis entwickelte Ansicht ist offenbar die richtige. Für freiwillige Ueberlassung von

Digitized by Google

Vermögensstücken darf der Frau vernünftigerweise kein Konkursprivileg gestattet werden, im System der Güterverbindung beruht aber jede Veräußerung auf Freiwilligkeit, ein gesetzlicher Zwang zur Ueberlassung des Frauenguts an den Mann findet nicht statt, somit müßte auch das Konkursprivileg der Frau *consequenterweise* aus dem System der Güterverbindung verwiesen werden. Das Konkursprivileg der Frau ist demnach etwas durchaus Anormales und kann niemals als Resultat der historischen Entwicklung eines auf das Prinzip der Güterverbindung basirten Güterrechtssystems angesehen werden. Dabei wissen wir allerdings recht wohl, daß nicht nur im Leben überhaupt, sondern auch in der Bildung des Rechts nicht Alles nach *logischen Gesetzen* vor sich geht, allein, das dürfen wir zum wenigsten vom Gesetzgeber verlangen, daß er den Gang einer durchaus gesunden, historischen Entwicklung nicht zu Gunsten einer völlig ungesunden, doctrinären Schablone unterbreche, nicht auf einen gesunden Baum ein krankes Reis pfropfe.

Wir betonen noch einmal: Im System der Güterverbindung liegt der Schwerpunkt auf der Sicherung des Frauenvermögens. Hiefür hatten die bisherigen §§ 182 und 183 b. G.-B. in hinreichender, rechtsgenüglicher Weise gesorgt.

An die Stelle dieser wirklich reellen Sicherheit ist nun aber die bloß illusorische durch das *Konkursprivileg* getreten. Wir halten diese Neuerung für eine ganz verfehlte gesetzgeberische Maßregel.

Für den Fall, wo man die bisher bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die gesetzliche Sicherung des Frauenvermögens fallen lassen wollte, wäre offenbar die Anerkennung der Freiheit des Ehekontrakts, wornach die Normirung des ehelichen Güterrechts der freien Vertragsbestimmung zu überlassen gewesen, weit vorzuziehen gewesen. Die Abschaffung jeder gesetzlichen Sicherheit für das Frauenvermögen würde dann vielleicht dazu Veranlassung gegeben haben, das bisher geltende System der Güterverbindung aufzugeben und an dessen Stelle in praxi das System der Gütertrennung zu setzen.

Digitized by Google

Bei der jetzigen Sachlage übt das Konkursprivileg seine kreditgefährliche Wirkung für den Mann aus, ohne daß die Frau, in den meisten Fällen, einen reellen Nutzen davon hat. Es ist eben eine Halbheit, die weder die Interessen des Mannes noch diejenigen der Frau fördert.

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Konkursprivilegs werden in § 23 des Gesetzes normirt.

Es finden sich hier als Beweismittel bloß anerkannt:

a) das nach § 8, 9 und 10 des gleichen Gesetzes angefertigte Inventar.

b) öffentliche Urkunden, welche beweisen, daß die Frau das behauptete Guthaben wirklich besaß, z. B. Erbsauszüge, sofern auf denselben der Bezug des Vermögens durch den Ehemann schriftlich bescheinigt ist.

Sind die Voraussetzungen für das Vorrecht nicht vorhanden, so wird das gesammte Frauenvermögen in die V. Klasse kollozirt und es gelten die ordentlichen Beweismittel.

Die Bestimmung des § 23, lit. a führt uns nun auf die Frage nach der rechtlichen Bedeutung, resp. Nothwendigkeit eines solchen Inventars überhaupt und ganz abgesehen vom Konkurs des Ehemannes. § 8 lautet wörtlich dahin: „Ueber das vom Ehemann bezogene Frauenvermögen sollen die Eheleute ein Inventar aufnehmen und unterzeichnen. Datum und Unterschriften des Inventars sind durch den Gemeinderathspräsidenten des Wohnorts zu beglaubigen. Letzterer trägt die Beglaubigung in eine eigens hiefür geführte fortlaufende Kontrole ein.

Das Inventar soll enthalten, ꝛc."

Aus der kategorischen Fassung des § 8 kann man leicht zu der Ansicht gelangen, das Gesetz mache die prozessualische Tauglichkeit, als Herstellungsmittel streitiger Weibergutsempfangscheine, schlechthin von der Beobachtung der vorgeschriebenen Formen ab. Gestattet nur ein in die Formen des § 8 gekleidetes Geständniß des Ehemanns über empfangenes Frauengut dem Richter, im Sinne von § 123, Ziff. 3 des Civilrechtsverfahrens den Schluß auf die Wahrheit des Empfanges? Für diese Auffassung sprechen die uns bekannten, in Bd. II, Seite 285, Nr. 9 und Bd. VII,

Digitized by Google

Seite 52, Nr. 2 der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins abgedruckten Entscheide des luzernischen Obergerichts, soweit sich dieselben auf die Auslegung des § 182, Abs. 4 des b. G.-B. bezogen. Nach der Motivirung dieser beiden Urtheile bedurfte das Empfangsbekenntniß des Ehemanns für das Zugebrachte der Ehefrau zu seiner Beweiskraft der Erfüllung der Formvorschriften des § 182 b. G.-B.: spezifizirte Angabe der einzelnen Vermögensstücke, des Ursprungs oder der Herkunft und des Werthes derselben, so wie die Unterzeichnung des Gemeinderaths. „Nach dem Rechtsgrund dieser Gesetzesvorschrift, welche die Constatirung des eingebrachten Weiberguts für Fälle, wo die Rechte Dritter betheiligt sind, namentlich für Konkurs- und Erbsfälle, zuverlässig machen und vor Mißbrauch schützen will, erscheinen eben die angeführten Formalitäten als ganz wesentliche, und müssen daher in Abgang eines förmlichen Weibergutsempfangscheines gegenüber Dritten im Bestreitungsfalle andere Beweismittel vorliegen."

Gleichwohl ist die hier geltend gemachte Auffassung nicht die richtige. Der Zusammenhang zeigt, daß der § 8 des neuen Gesetzes ebensowohl wie die aufgehobenen §§ 182 und 183 des b. G.-B. vor Allem für die Sicherheit der Frau sorgen will. Zu ihren Gunsten soll der Beweis ihres dem Manne übergebenen Vermögens bestmöglichst sicher gestellt werden. Daher wird die Ausstellung von Empfangsscheinen vorgeschrieben und zwar von solcher Beschaffenheit, daß dieselben gegen jede spätere Bemänglung ihrer Realität von vorneherein möglichst gewahrt sind. Man kann daher sagen, es liege im Sinne des § 8 des neuen Gesetzes, daß die seinen Vorschriften entsprechenden Empfangscheine jedenfalls beweiskräftig, also im Sinne des § 123, Ziff. 3 des Zivilrechtsverfahrens „rechtsbeständige Geständnisse" seien. Dagegen liegt es unbedingt nicht im Sinne des § 8, alle andern, also z. B. die bloß privaten Empfangscheine von jeder Beweiskraft a priori auszuschließen. Dadurch würde ja die Stellung der Frau geradezu erschwert im Interesse Dritter, der Intestaterben und Creditoren, welche der § 8 überall nicht im Auge hat.

Digitized by Google

Wenn daher auch die in den §§ 8—10 angegebenen Formvorschriften bezüglich der Errichtung eines Inventars nicht beobachtet worden sind, so kann der Beweis über den Bestand des eingebrachten Gutes nicht allein durch alle andern Beweismittel, sondern auch durch amtliche und private Weibergutsempfangscheine erbracht werden. Diese letztern sind dann aber nach allgemein prozessualischen Grundsätzen zu beurtheilen und da steht nun voran die bekannte Grundregel, wornach außergerichtliche Geständnisse gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger schlüssig sind, sobald der animus confitendi vorliegt. Diese Regel hat ihren innern Grund in der Beobachtung, daß Niemand ihn selbst belastende Thatsachen anerkennen wird, wenn dieselben nicht wahr sind. Aber eben um dieses innern Grundes willen muß die Regel cessiren, wo der Aussteller an der Wahrheit der zugestandenen Thatsache selbst ein Interesse hat, neben welchem der ihm erwachsende Nachtheil zurücktritt oder ganz verschwindet. Unter solchen Umständen muß sich der Richter hüten aus dem formellen Geständniß ohne Weiteres auf die Wahrheit der eingestandenen Thatsache zu schließen, da sonst jeder Mißbrauch der privaten Geständnißform frei wäre. Er darf deßhalb auch vom Gegner nicht einen förmlichen Beweis der materiellen Unrichtigkeit verlangen, sondern bloß den Nachweis derjenigen Umstände, welche das Geständniß verdächtigen.

In Zürich ist durch zahlreiche Präjudizien entschieden, daß das schriftliche Schuldbekenntniß des Ehemannes gegen ihn und seine Erben genügenden Beweis für das empfangene Weibergut bilde, wenn es nicht unter Umständen ausgestellt worden, welche vermuthen lassen, daß damit eine Umgehung des Erbgesetzes beabsichtigt sei. Auch hat die in einem Testament des Ehemannes enthaltene Erklärung über die Größe des Vermögens seiner Frau nach zürcherischer Gerichtspraxis nur die Bedeutung eines Indiciums, weil die Möglichkeit nahe liegt, daß damit blos eine Zuwendung zu Gunsten der Frau beabsichtigt sei. (Vgl. Gwalter's Bearbeitung von Bluntschli's Commentar zum zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch S. 162, Nr. 2 Anm. und die dort zitirten zahlreichen Präjudizien.) Ein Urtheil des

Digitized by Google

zürcherischen Obergerichts vom 25. Februar 1851, abgedruckt in Schaubergs Beiträgen, Bd. XIV, S. 389, Nr. 9, lautet wörtlich dahin: „Das Schuldbekenntniß eines Ehemannes gegenüber seiner Ehefrau in Bezug auf das von ihr zugebrachte Vermögen hat dannzumal keine Beweiskraft, wenn dasselbe unter Umständen und zu einer Zeit ausgestellt wurde, welche vermuthen lassen, daß damit eine Umgehung der Erbgesetze beabsichtigt worden sei." Nidwalden (Familienrecht § 55) läßt die Frau oder deren Erben nur das als zugebrachtes Gut ansprechen, was förmlich inventarisirt worden oder durch ein anderes rechtsgenügendes Zeugniß (nicht Geständniß) erwiesen werden kann. —

Die bisher besprochenen Rechtsgrundsätze betreffen die Eigenthumsverhältnisse der beiden Ehegatten. Hinsichtlich ihrer Dispositionsbefugnisse hat dagegen das neue Gesetz keine durchgreifenden Aenderungen vorgenommen. Wir heben hier folgende Neuerungen hervor: Zu belästigendem Erwerb von Liegenschaften zu Handen der Frau oder zur Veräußerung und Verpfändung einer Liegenschaft genügt nach § 7 des neuen Gesetzes die bloße Zustimmung der Frau. Der Heimathsgemeinderath entscheidet bloß, wenn die Ehefrau die Einwilligung verweigert. Derselbe entscheidet auch, ob und gegen welche Sicherheit dem Manne das Weibergut einzuhändigen, wenn er selbst Gefährde fürchtet, oder die Frau gegen den Vermögensbezug durch den Mann Einspruch erhebt. Fällt der Entscheid gegen den Bezug aus, so sind die Vermögenstitel in die Depositalkasse einzulegen (§ 7).

Die Frau kann über ihr vorbehaltenes Gut frei verfügen (§ 11).

Der II. Absatz des § 17 ist durch das Einführungsdekret zum eidg. Obligationenrecht vom 11. Oktober 1882 abgeändert worden und es lautet nun der ganze § 17: „Gestattet der Ehemann der Frau, auf ihren eigenen Namen und ihre Rechnung ein Handelsgeschäft oder ein Gewerbe zu treiben, so ist dieselbe berechtigt, soweit das Geschäft reicht, von sich aus Verträge abzuschließen, Schulden einzugehen und Sachen zu veräußern. In diesem Falle haftet die Ehefrau dem Geschäftsgläubiger persönlich und mit ihrem ganzen Vermögen, und zwar ohne

Digitized by Google

Wenn daher auch die in den §§ 8—10 angegebenen Formvorschriften bezüglich der Errichtung eines Inventars nicht beobachtet worden sind, so kann der Beweis über den Bestand des eingebrachten Gutes nicht allein durch alle andern Beweismittel, sondern auch durch amtliche und private Weibergutsempfangscheine erbracht werden. Diese letztern sind dann aber nach allgemein prozessualischen Grundsätzen zu beurtheilen und da steht nun voran die bekannte Grundregel, wornach außergerichtliche Geständnisse gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger schlüssig sind, sobald der animus confitendi vorliegt. Diese Regel hat ihren innern Grund in der Beobachtung, daß Niemand ihn selbst belastende Thatsachen anerkennen wird, wenn dieselben nicht wahr sind. Aber eben um dieses innern Grundes willen muß die Regel cessiren, wo der Aussteller an der Wahrheit der zugestandenen Thatsache selbst ein Interesse hat, neben welchem der ihm erwachsende Nachtheil zurücktritt oder ganz verschwindet. Unter solchen Umständen muß sich der Richter hüten aus dem formellen Geständniß ohne Weiteres auf die Wahrheit der eingestandenen Thatsache zu schließen, da sonst jeder Mißbrauch der privaten Geständnißform frei wäre. Er darf deßhalb auch vom Gegner nicht einen förmlichen Beweis der materiellen Unrichtigkeit verlangen, sondern bloß den Nachweis derjenigen Umstände, welche das Geständniß verdächtigen.

In Zürich ist durch zahlreiche Präjudizien entschieden, daß das schriftliche Schuldbekenntniß des Ehemannes gegen ihn und seine Erben genügenden Beweis für das empfangene Weibergut bilde, wenn es nicht unter Umständen ausgestellt worden, welche vermuthen lassen, daß damit eine Umgehung des Erbgesetzes beabsichtigt sei. Auch hat die in einem Testament des Ehemannes enthaltene Erklärung über die Größe des Vermögens seiner Frau nach zürcherischer Gerichtspraxis nur die Bedeutung eines Indiciums, weil die Möglichkeit nahe liegt, daß damit blos eine Zuwendung zu Gunsten der Frau beabsichtigt sei. (Vgl. Gwalter's Bearbeitung von Bluntschli's Commentar zum zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch S. 162, Nr. 2. Anm. und die dort zitirten zahlreichen Präjudizien.) Ein Urtheil des

Digitized by Google

zürcherischen Obergerichts vom 25. Februar 1851, abgedruckt in Schaubergs Beiträgen, Bd. XIV, S. 389, Nr. 9, lautet wörtlich dahin: „Das Schuldbekenntniß eines Ehemannes gegenüber seiner Ehefrau in Bezug auf das von ihr zugebrachte Vermögen hat dannzumal keine Beweiskraft, wenn dasselbe unter Umständen und zu einer Zeit ausgestellt wurde, welche vermuthen lassen, daß damit eine Umgehung der Erbgesetze beabsichtigt worden sei." Nidwalden (Familienrecht § 55) läßt die Frau oder deren Erben nur das als zugebrachtes Gut ansprechen, was förmlich inventarisirt worden oder durch ein anderes rechtsgenügendes Zeugniß (nicht Geständniß) erwiesen werden kann. —

Die bisher besprochenen Rechtsgrundsätze betreffen die Eigenthumsverhältnisse der beiden Ehegatten. Hinsichtlich ihrer Dispositionsbefugnisse hat dagegen das neue Gesetz keine durchgreifenden Aenderungen vorgenommen. Wir heben hier folgende Neuerungen hervor: Zu beläftigendem Erwerb von Liegenschaften zu Handen der Frau oder zur Veräußerung und Verpfändung einer Liegenschaft genügt nach § 7 des neuen Gesetzes die bloße Zustimmung der Frau. Der Heimathsgemeinderath entscheidet bloß, wenn die Ehefrau die Einwilligung verweigert. Derselbe entscheidet auch, ob und gegen welche Sicherheit dem Manne das Weibergut einzuhändigen, wenn er selbst Gefährde fürchtet, oder die Frau gegen den Vermögensbezug durch den Mann Einspruch erhebt. Fällt der Entscheid gegen den Bezug aus, so sind die Vermögenstitel in die Depositalkasse einzulegen (§ 7).

Die Frau kann über ihr vorbehaltenes Gut frei verfügen (§ 11).

Der II. Absatz des § 17 ist durch das Einführungsdekret zum eidg. Obligationenrecht vom 11. Oktober 1882 abgeändert worden und es lautet nun der ganze § 17: „Gestattet der Ehemann der Frau, auf ihren eigenen Namen und ihre Rechnung ein Handelsgeschäft oder ein Gewerbe zu treiben, so ist dieselbe berechtigt, soweit das Geschäft reicht, von sich aus Verträge abzuschließen, Schulden einzugehen und Sachen zu veräußern. In diesem Falle haftet die Ehefrau dem Geschäftsgläubiger persönlich und mit ihrem ganzen Vermögen, und zwar ohne

Digitized by Google

Rücksicht auf die Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Ehemannes. Dagegen gehört ihr auch ein aus dem Geschäfte erzielter Erwerb (§ 11 d).

Die Ehefrau, welche ein Handelsgeschäft auf eigene Rechnung betreibt, hat sich in's Firmaregister einzutragen und in der Firma stets die volle Bezeichnung „Frau" zu führen.

Betreibt die Ehefrau mit Vorwissen des Ehemannes ein Geschäft, ohne diese Vorschriften zu erfüllen, so wird der Ehemann durch die bezüglichen Handlungen der Ehefrau neben der Letztern verpflichtet."

Im Uebrigen steht die Frau unter der Vormundschaft ihres Mannes. Sie kann keine persönlichen Schulden eingehen und haftet in diesem Falle nur wegen Bereicherung. Für voreheliche Schulden haftet die Ehefrau mit ihrem ganzen Vermögen. Der Ehemann hat dieselben zu bezahlen, soweit das von ihm bezogene Frauengut reicht. — Handlungen, welche die Frau vornimmt zur Besorgung des Hauswesens oder als Gehülfin des Mannes mit seinem Wissen, verpflichten den Mann so lange, bis er diese Befugniß der Frau durch den Gemeinderath des Wohnorts, welcher den Fall nach Anhörung derselben zu prüfen hat, öffentlich widerrufen läßt (§ 15). Eine etwas absonderliche Bestimmung ist diejenige des § 15 letzter Absatz: „Wenn der Ehemann aus einem von der Frau geschlossenen Vertrag Nutzen zieht, so haftet er, soweit dieser Nutzen reicht." —

Um mit ihrem Manne oder unter seiner Zustimmung mit Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen, wodurch sie Schuldverpflichtungen eingeht oder Rechte abtritt (Schenkungen), ebenso zu Prozessen mit dem Manne, mit Ausnahme der Scheidungsklage, bedarf die Frau eines außerordentlichen Beistandes. Bürgschaften sind dem Eheweib untersagt (§ 16). Bei Aufhören der ehelichen Vormundschaft wird die Frau eigenen Rechts und nimmt Verwaltung und Nutzung ihres Vermögens selbst zu Handen. Sie hat jedoch daraus und aus den Beiträgen, welche während bestehender Ehe der Ehemann allfällig an sie zu leisten hat, den ehelichen Aufwand zu bestreiten.

Digitized by Google

Der Ehekontrakt ist verboten, soweit er dem Gesetze widerspricht, d. h. das gesetzliche Güterrecht ist obligatorisch. Er dient zur Festsetzung des vorbehaltenen Gutes (§ 11) und ist im Uebrigen wesentlich Erbvertrag. —

Eine der schwierigsten Rechtsmaterien ist diejenige über die örtliche und zeitliche Collision der Gesetze.

Wenn auch Niemand im Ernste fordern kann, im Ausland in jeder Beziehung unter der Gesetzgebung seiner Heimat leben zu dürfen, so gibt es doch Rechte und Eigenschaften, welche einer Person deßhalb zustehen, weil sie einem bestimmten Volk, einer bestimmten Nation und einer bestimmten Familie angehört, und diese sind nicht von ihrem Wohnsitz abhängig. Deßhalb wird in neuerer Zeit in weit größerem Umfang als früher angenommen, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen sei, dem dieselbe angehöre, und dieß nicht nur für auswärts wohnende Angehörige in Anspruch genommen, sondern auch für die im Inland wohnenden Ausländer anerkannt. In gleicher Weise werden die heimatlichen Gesetze als maßgebend anerkannt für die Eingehung und Auflösung der Ehe, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft. Bezüglich des ehelichen Güterrechts ist es hauptsächlich der Zusammenhang desselben mit dem Erbrecht der Familie, welcher für das Recht des Heimatsortes gegen dasjenige des Domizils in die Waagschale fällt.

Im gemeinen Recht ist sodann der Einfluß des Domizilwechsels auf die gesetzlich (sowohl nach dem Recht des Wohnorts als auch nach demjenigen des Heimatorts) geordneten Güterverhältnisse bestehender Ehen bekanntermaßen Gegenstand einer alten und viel erörterten Controverse. Als durchaus vorherrschend und von den anerkanntesten Autoritäten getheilt gilt heutzutage unbedenklich die Anerkennung des Prinzips der Unwandelbarkeit, wornach das einmal begründete gesetzliche Güterverhältniß die Eheleute an jeden neuen Wohnsitz begleitet, dessen Gesetze nicht kategorisch die ausschließliche Geltung des eigenen Rechts verlangen. Der Ansicht, daß die Domizilveränderung

Digitized by Google

auch das Recht der concreten Ehe verändere, steht nämlich entgegen, daß die durch das Gesetz erfolgte Ordnung der Vermögensverhältnisse keine mindere Kraft haben kann, als wenn sie durch einen besondern Ehekontrakt erfolgt wäre, und daß, wo keine gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, die pacta dotalia durch den Domizilwechsel keine Abänderung zu Gunsten des am neuen Domizil bestehenden Rechts erfahren. Die einmal eingetretene Gestaltung der Güterrechtsverhältnisse erscheint als für die Dauer der Ehe geltend und wird durch einen Domizilwechsel, welcher von beliebigen Motiven, ohne die Absicht diesen Zustand zu ändern, geleitet wird, keiner Neugestaltung unterworfen. Es würde zu den größten Unzuträglichkeiten und zu bedenklichen Schwierigkeiten führen, wenn bei jeder Domizilveränderung die oft sehr komplizirten Güterrechtsverhältnisse eine neue Norm erhielten, wenn beispielsweise sich von selbst die allgemeine Gütergemeinschaft in eine Errungenschaftsgemeinschaft oder in Gütereinheit, oder die Errungenschaftsgemeinschaft sich in Dotalrecht verwandeln sollte. Auch kann es nicht in die Willkür des Mannes gegeben sein, durch seinen einseitigen Entschluß, welchem die Frau nicht widersprechen kann, das Domizil und damit sein Recht an dem Vermögen zu ändern. (Vrgl. v. Savigny, System, Bd. VIII, S. 328; Bar, das internat. Privat- und Strafrecht, S. 341 ff.; Stobbe, deutsches Privatrecht, I, S. 205; Unger, System des österr. Privatrechts, I (3. Aufl.), S. 194; v. Roth, System des deutschen Privatrechts, I, S. 290.) Sonderbarerweise werden diese hier erörterten richtigen Rechtsgrundsätze oft verkannt und einzelne Kantone erblicken in dem möglichst rücksichtslosen Festhalten an dem absoluten Territorialitätsprinzip eine passende Entfaltung territorialer Machtvollkommenheit und in der Behandlung des Individuums als Accessorium von Grund und Boden ein Zeichen sehr entwickelter politischer Bildung. Hierin liegt aber kein Fortschritt und keine Erweiterung der Freiheit des Individuums. Statt sein Recht zu achten, wird dasselbe fortwährend in Frage gestellt und die Folge hievon ist eine zunehmende Rechtsunsicherheit. Auch unsere Bundespraxis hat sehr oft in vollständiger Verkennung der Grundsätze des

Digitized by Google

internationalen Privatrechts die Einheit des ehelichen Güterrechts, des Erbrechts und Vormundschaftsrechts zerrissen.

Für die Entwicklung des Bundesrechts ist der bei Ullmer, staatsrechtl. Praxis der schweiz. Bundesbehörden, I, Nr. 559, S. 291 u. ff., mitgetheilte Fall Weber-Rohr von großer Bedeutung.

In dem zu Lenzburg (Aargau) vollführten Konkurse ihres Mannes vindizirte Fr. Louise Weber-Rohr, von Wetzikon (Zürich), Liegenschaften und Fahrhabe, die sie ihm in die Ehe gebracht hatte und die auch noch in natura vorhanden waren. In Anwendung des in Lenzburg geltenden Rechts, nach welchem das Vermögen der Frau Eigenthum des Mannes wird, entschieden die aargauischen Gerichte, daß die fraglichen Objekte in die Konkursmasse des Mannes gehören, worüber sich nun Fr. Weber, resp. die Regierung von Zürich beschwerte. Der Bundesrath fand, die aargauischen Gerichte könnten nicht von Bundes wegen angehalten werden, in vorliegender Sache die zürcherischen Gesetze anzuwenden.

Durch diesen Entscheid werden folgende Rechtsgrundsätze festgestellt:

I. Der ganze Wortlaut des Konkordats vom 15. Juli 1822 beziehe sich ausdrücklich nur auf erbrechtliche Verhältnisse. Als Gründe hiefür werden angegeben:

1) Titel und Eingang zeigten klar, daß die Kantone nur über soche Verhältnisse ein Konkordat abschließen wollten. Nach Ausführung der Hauptgrundsätze und unmittelbar nach Erwähnung der Eheverträge heiße es dann: In Folge obigen Grundsatzes (der mithin auch die Eheverträge umfasse) habe, bei sich ergebenden Streitigkeiten, der Richter des Heimatkantons zu entscheiden. Es könnten daher unter den hier erwähnten Eheverkommnissen nur die Erbverträge der Ehegatten oder Brautleute gemeint sein, eine beschränkende Auslegung, die um so eher anzunehmen sei, da die Regulirung der Successionsverhältnisse in der Regel den wesentlichen und sehr oft den ganzen Inhalt der sog. Eheverkommnisse bilde.

Digitized by Google

2) Auch abgesehen von dem klaren Wortinhalt sei der Schluß zu gewagt, daß man den Ausdruck Eheverkommniß auf das ganze Güterrecht der Ehegatten beziehen und die Grundsätze des Konkordats darauf anwenden könne. Der ganze vorherrschende Gedanke, ein Konkordat über die Anwendung des Erbrechts des Heimatkantons abzuschließen, lasse jene Annahme nicht aufkommen, denn es sei einleuchtend, daß hier ganz andere Rücksichten maßgebend sein müßten, als beim Konkursrecht und einem Konkordat darüber, oder als bei verschiedenen andern Fragen aus dem ehelichen Güterrecht.

3) Auch dem Konkordat vom 6. Juli 1821 über die Behandlung von Ehescheidungsfällen könne aus den nämlichen Gründen nicht eine extensive Auslegung gegeben werden. Die Eingehung wie die Trennung der Ehe betreffe ein ganz persönliches Rechtsverhältniß. Daß dann bei der Ehescheidung der nämliche Richter auch über die ökonomischen Folgen und Entschädigungsfragen sich ausspreche, liege in der Natur der Sache, aber die Bestimmungen über das gesammte Güterrecht der Ehegatten während der Ehe auszudehnen, könnte in nichts seine Rechtfertigung finden.

II. Im Uebrigen habe die Jurisdiktion in jedem Lande die Anwendung der Landesgesetze zur Regel. Die Anwendung fremder Gesetze bilde dagegen eine Ausnahme, die durch Staatsverträge, Bundesvorschriften oder durch jene Landesgesetze selbst autorisirt sein müsse. Jene Regel werde nun nicht nur in concreto durch die aargauischen Gesetze ausgesprochen, sondern sie sei für die Anwendung des Konkursrechts durch das Konkordat vom 15. Juni 1804 als gemeinsames Prinzip der konkordirenden Stände aufgestellt. Ohne Grund behaupte die Rekurrentin, dieses Konkordat sei aufgehoben und nicht mehr in Kraft; denn es stehe weder im Widerspruch mit Bundesvorschriften, noch sei sein Inhalt Gegenstand der Bundesgesetzgebung geworden, auch werde es überall von den konkordirenden Ständen angewendet.

Was nun dessen Inhalt betreffe, so beziehe es sich offenbar nicht bloß auf die äußern Formen, wie die Ansprüche geltend zu machen seien, sondern auch auf das materielle Konkursrecht;

Digitized by Google

denn die Fragen, ob Pfandrecht oder Privilegien der Ansprecher vorhanden seien oder nicht und wie sie demnach zu collociren seien, seien gewiß eben so sehr von materieller Bedeutung, als die Frage, ob jemand Eigenthum an den Objekten der Masse habe und somit in die Klasse der Vindicanten aufzunehmen sei. Daß dieses der Sinn des Konkordats sei, liege auch in der Natur der Sache und in der nothwendigen Einheit der bei einer Konkursliquidation anzuwendenden Rechtsgrundsätze; denn es lasse sich gar nicht denken, wie eine und dieselbe Konkursmasse nach ganz verschiedenen, je nach den heimatlichen Gesetzen der Vindikanten liquidirt werden könne, ohne daß zahlreiche Collisionen und Ungerechtigkeiten daraus hervorgehen würden.

Mit Urtheil vom 3. September 1882 trat das gegenwärtige Bundesgericht in Sachen Ackermann dieser bezüglich des Falls Weber-Rohr im Jahr 1856 gefaßten Entscheidung des Bundesraths insoweit bei, als nach dem klaren Wortlaut von Art. 3, Abs. 3 des genannten Konkordats vom 15. Juli 1882 nur für sich ergebende Erbsstreitigkeiten der Gerichtsstand der Heimat begründet sei. Diese Bestimmung qualifizire sich nämlich, da sie einen ausnahmsweisen Gerichtsstand statuire, als eine singuläre Vorschrift und dürfe daher keineswegs ausdehnend interpretirt werden.

Die Frage dagegen, ob nach Art. 3, Abs. 2 des Konkordats das gesammte Güterrecht der Ehegatten nach ihrem heimatlichen, materiellen Rechte zu beurtheilen sei, wird vom Bundesgericht nicht ausdrücklich entschieden. Es ist daher die bezüglich des ehelichen Güterrechts bestehende Controverse durch die vereinzelte Entscheidung in Sachen Weber-Rohr zu keinem definitiven Abschluß gelangt und es kann gegenwärtig noch darüber gestritten werden, ob das Bundesrecht die ehelichen Güterverhältnisse den Gesetzen des Heimatorts oder denen des Domizils unterwerfe.

Als zuverläßiger Ausgangspunkt für die Reglung dieser interkantonalen Beziehungen steht demnach einzig die Thatsache fest, daß durch die beiden Konkordate von 1804 und 1810 die Einheit der Betreibung und des Konkurses durchgeführt wurde. Der Konkurs ist eine Gesammtexekution, er umfaßt das

Digitized by Google

gesammte Vermögen des Schuldners und berührt das Interesse der Gesammtgläubigerschaft. Wenn daher das Konkordat bestimmt, daß der Konkurs am Gerichte des Ortes stattzufinden habe, wo derselbe wohnt, so ist das eine Bestimmung, die zugleich auch einen öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Der Konkursgerichtsstand ist mit dem Gerichtsstand des Wohnorts unzertrennlich verbunden.

Bezüglich des ehelichen Güterrechts hat nun das Bundesgericht durch Urtheil vom 3. September 1882, in Sachen Ackermann, vollständig richtig entschieden, daß der durch das Konkordat vom 15. Juni 1822 für Erbsstreitigkeiten statuirte, ausnahmsweise Gerichtsstand des Heimatortes nicht auf das eheliche Güterrecht beschlagende Rechtsfragen ausgedehnt werden dürfe. Das über die Betreibung am 15. Juni 1804 vereinbarte Konkordat hat dagegen nicht etwa nur den Satz, daß jeder Staat nur sein eigenes Konkursrecht zur Anwendung bringen dürfe, feststellen wollen, es wollte vielmehr die Einheit der Betreibung und des Konkurses neu einführen und verlangte, daß alle Gläubiger, welche Bürger der konkordirenden Kantone wären, nach dem am Betreibungsorte geltenden Recht, wie der Kantonsbürger selbst, gehalten werden. Nur eine und zwar eine vollkommen gerechtfertigte Ausnahme stellt das Konkordat auf. Wenn auf Vermögensstücken, die auswärts liegen, vor dem Konkursausbruch bereits Spezialexekutionsrechte (Hypotheken, Pfandrechte, Retentionsrechte) begründet sind, oder wenn andere dingliche Rechte an denselben behauptet werden, so sollen dieselben vor dem kompetenten Gerichte desjenigen Kantons geltend gemacht werden können, in welchem die Vermögensstücke sich befinden.

Im Falle Weber-Rohr ist nun der Bundesrath nicht bei dieser rein prozessualischen Funktion des Konkursverfahrens stehen geblieben, sondern hat sämmtliche beim Konkurse in Frage kommenden Rechtsverhältnisse dem Gerichtsstand des Wohorts unterworfen.

Unsererseits kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Es handelt sich vielmehr in concreto um eine Alternative. Entweder sind die Rechtsverhältnisse des ehelichen Güterrechts

Digitized by Google

nach dem materiellen Recht des Heimatortes zu beurtheilen und dann ist die Frau, für ihre aus dem heimathlichen Güterrecht sich ergebenden Ansprüche an dem Manne, wie jeder andere Gläubiger und mit dem nach Ortsrecht für Ehefrauen geltenden Privilegium zu rangiren oder es greift die allgemeine Regel Platz, wornach die Rangordnung unter den Gläubigern für die bloß persönlichen Forderungen nach den Gesetzen des Gerichtsorts zu bestimmen ist, für alle dinglichen Rechte dagegen nach den Gesetzen des Orts der belegenen Sache. (Vergl. Savigny, System des Römischen Rechts, Bd. VIII., Seite 292 u. ff.).

Für die erstere Annahme kann geltend gemacht werden, daß alle die verschiedenen Rechtsverhältnisse, die zu dem Güterrecht der Ehegatten gehören, aufs engste mit dem persönlichen Verhältnisse der Ehe zusammenhängen. Es hat nun offenbar etwas unnatürliches, je nach dem Gegenstand, auf den sich dieses Güterrecht bezieht, und der örtlichen Lage desselben wieder ein anderes Recht anzunehmen, während der Grund, aus dem die einzelnen Bestimmungen fließen, das persönliche Verhältniß der Ehe, doch dasselbe bleibt. Sollen aber die Fragen, ob der Ehemann an Grundstücken der Frau Nutznießung habe, in welcher Weise Veräußerungen und Verpfändungen solcher Grundstücke stattfinden können, ob der Ehefrau im Konkurse des Mannes ein Vindikationsrecht mit Bezug auf ihre Liegenschaften zustehe, nicht gleichwohl nach den Bestimmungen über die dinglichen Rechte sich zu richten haben? Eine Ausnahme für Grundstücke in den Konkordaten über Eheverträge und Ehescheidung findet sich nicht, und auch bei dem Erbrecht wird auf das Recht des Ortes, wo Grundstücke einer Erbsmasse liegen, keine Rücksicht genommen. Auf diese Gründe läßt sich die Ansicht basiren, daß die Konkordate das gesammte Güterrecht der Ehegatten, gleichviel was der Gegenstand desselben sei, dem heimatlichen Rechte folgen lassen wollen.

Für Bejahung der zweiten Alternative spricht dagegen der Umstand, daß ein spezielles Konkordat bezüglich Reglung der Verhältnisse des ehelichen Güterrechts nicht existirt. Die Ansprüche

Digitized by Google

der Gläubiger in einem Konkurs sind nun gemischter Natur, gemischt aus Obligation und dinglichem Recht, dem Hypothekenrecht. Für Obligationen entscheidet ausschließlich das am Orte des Konkursgerichts geltende örtliche Recht, ohne Rücksicht auf das vielleicht abweichende Recht des Entstehungsortes und des Erfüllungsortes der Obligation. Der hypothekarische Gläubiger hat dagegen ein zusammengesetztes Recht. Er ist wahrer Gläubiger, hat aber zur Sicherheit seiner Forderung ein dingliches Recht. Die Pfandgläubiger können ihre Hypothekarklagen im Gerichtsstand der gelegenen Sache anstellen. Wird nun die Hypothekarlage gegen einen andern Pfandgläubiger angestellt, der die Sache besitzt, oder von zwei Pfandgläubigern gleichzeitig gegen einen dritten Besitzer, so hat der Richter über die Priorität nach denselben Grundsätzen zu entscheiden, wie es auch im Konkurse geschieht, und diese Regel ist anwendbar, ohne Unterschied, ob die verpfändeten Sachen in demselben Lande liegen oder nicht. Indessen ist auch kein Hinderniß vorhanden, die verpfändeten auswärtigen Sachen mit in den Konkurs am Wohnsitze des Schuldners zu ziehen, wenn nur dafür gesorgt wird, daß Jeder, der an einer solchen auswärts befindlichen Sache ein Pfandrecht hat, an dem Kaufpreis dieser Sache diejenige Priorität erhält, die ihm nach dem Recht des Orts, wo sich die Sache zur Zeit des Verkaufs befindet, gebührt, indem die lex rei sitae auch über die Priorität entscheidet.

Die von Savigny geltend gemachte Rechtsanschauung, daß die Rangordnung unter den Gläubigern für die bloß persönlichen Forderungen nach den Gesetzen des Konkursorts, für alle dinglichen Rechte dagegen nach den Gesetzen des Orts der belegenen Sache zu bestimmen sei, entspricht daher mit Bezug auf die Rechtsverhältnisse des ehelichen Güterrechts, für den Fall, wo man in Abgang eines speziellen Konkordats das Recht des Heimatorts nicht zur Anwendung bringen will, der Natur der Sache unbedingt viel besser, als die in Sachen Weber-Rohr vom Bundesrath getroffene Entscheidung. In letzterem Falle wurde das Recht des Konkursortes auf alle

Digitized by Google

Forderungen, ohne Unterschied, ob dieselben persönliche oder dingliche Ansprüche enthielten, gleichmäßg angewandt und dadurch die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts im Widerspruch mit allen Grundsätzen der Doktrin als konkordatsgemäß und gemeineidgenössisch ausgesprochen. Für die Ansicht Savigny's spricht auch die Analogie des § 2 des Konkordats über Effekten eines Falliten, die als Pfand in Kreditors Händen in einem andern Kanton liegen, vom 7. Juni 1810. (Vgl. „Die ehelichen Güterrechte der Schweiz" von Dr. Friedrich Schreiber, 2. Lieferung, Seite 52 u. ff., ferner: „Ueber die Collision verschiedener Privatrechte nach schweizerischen Rechtsansichten" von Dr. Friedrich von Wyß in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, 2. Bd., Seite 65 u. ff., ferner Dr. Ernst Feigenwinter, „Darstellung und Kritik der bundesrechtl. Praxis in Konkursfällen, wo der Fallit Domizil in mehreren Kantonen hat" (gekrönte Preisschrift, 1879), „Zur Lehre von der Collision und der Wandelbarkeit der ehelichen Güterrechte", Rechtsgutachten von Prof. P. F. von Wyß in Basel, mitgetheilt in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, 22. Bd., Seite 41, und Dr. Karl Gustav König, Commmentar zum bern. Civilgesetzbuch, 1. Bd., Personenrecht, Seite 367 u. ff.)

Ueber all' diese Fragen der örtlichen Rechtscollision enthält nun die luzernische Gesetzgebung sehr wenige Bestimmungen. An der Spitze derselben steht in § 6, Abs. 1 die möglichst schroffe und einseitige Sanktion des reinen Territorialitätsprinzips. „Die bürgerlichen Gesetze beziehen sich auf alle Personen und auf alle Sachen, die in dem Gebiete des Kantons sich befinden und der hiesigen Botmäßigkeit unterworfen sind." Mit dieser Bestimmung folgt das luzernerische Gesetzbuch dem Berner Civilgesetz (Satzung 4) und weicht mit diesem von dem vielfach nachgeahmten österr. bürgerlichen Gesetzbuch ab, welches in § 4 im Gegentheil das Nationalprinzip als leitenden Grundsatz aufstellt.

Allein der luzernerische Gesetzgeber ist in dieser wie in manch' anderer Rechtsmaterie dem einmal aufgestellten Rechtsgrundsatz nicht treu geblieben, sondern hat auch hier die verschiedensten und widersprechendsten Bestimmungen adoptirt.

Digitized by Google

So findet sich denn das Territorialitätsprinzip schon in Absatz 2 und 3 des nämlichen § 6 sowie noch mehr in den §§ 25—27 des b. G.-B. modifizirt. Luzern ist überdies allen Konkordaten beigetreten, welche den schweizerischen Niedergelassenen die Anwendung des Heimatrechts zusichern.

Unsere spezielle Rechtsmaterie anbelangend, wird in § 29 des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft statuirt, daß die Bestimmungen dieses Gesetzes auf alle Kantonsbürger anwendbar seien, auch wenn sie außerhalb des Kantons wohnen. Sie finden auch auf die güterrechtlichen Verhältnisse der im Kanton wohnhaften Kantonsfremden insoweit Anwendung, als es sich um ihre Haftbarkeit für die in demselben kontrahirten Schulden handelt und die hierortige Gesetzgebung für den Gläubiger günstiger ist. Nach welchem Gesetz aber haften die Kantonsfremden, wenn das auswärtige Gesetz für die Gläubiger ungünstiger ist? Nach dem des letzten Domizils, oder nach demjenigen der Heimat?

Der luzernerische Gesetzgeber scheint indeß bezüglich der interkantonalen Beziehungen hier von den richtigen Prinzipien des Heimatrechts und der Unwandelbarkeit ausgegangen zu sein. Im Vormundschaftsgesetz vom 7. März 1871 findet sich dagegen § 75 dahin formulirt: „Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes kommen auch den kantonsfremden Einwohnern zu statten."

Bezüglich all' dieser die interkantonalen Beziehungen beschlagenden Fragen muß nun allerdings zugegeben werden, daß es im Wesen der Souveränetät und Unabhängigkeit eines jeden Staats liegt, seine Gesetzgebung und Gerichtshoheit über alle Individuen und Sachen zu erstrecken, die sich innerhalb seines Gebietes befinden.

Die Quelle für Entscheidung von Fragen des internationalen Privatrechts hat auch unzweifehaft jeder Staat in seiner eigenen Gesetzgebung aufzusuchen.

Je mannigfaltiger und lebhafter aber der Verkehr unter den verschiedenen Völkern wird, desto mehr wird man sich überzeugen, daß der strenge Territorialitätsgrundsatz nicht festgehalten werden kann.

Digitized by Google

Sehr wahr sagt Savigny, System des römischen Rechts, Bd. VIII, Seite 27 u. ff.: „Der Standpunkt, auf den wir durch diese Erwägung geführt werden, ist der einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen, und dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immer allgemeinere Anerkennung gefunden, unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesinnung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht."

Savigny verlangt daher, „daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist."

„Man kann diese Gleichstellung", sagt Savigny, „im Gegensatz des strengen Rechts, als freundliche Zulassung unter souveränen Staaten bezeichnen, nämlich als Zulassung ursprünglich fremder Gesetze unter die Quellen, aus welchen die einheimischen Gerichte die Beurtheilung mancher Rechtsverhältnisse zu schöpfen haben. Nur darf diese Zulassung nicht gedacht werden als Ausfluß bloßer Großmuth oder Willkür, die zugleich als zufällig wechselnd und vorübergehend zu denken wäre. Vielmehr ist darin eine eigenthümliche und fortschreitende Rechtsentwicklung zu erkennen, gleichen Schritt haltend mit der Behandlung der Collisionen unter den Partikularrechten desselben Staates."

Die Schweiz, als ein Bundesstaat von 25 verschiedenen kleinen Rechtsgebieten, die alle unter sich in lebhaftem Rechtsverkehr stehen, sollte es als ihre spezielle geistige Mission erkennen, die Prinzipien des interkantonalen Rechts in gedeihlicher Weise zu entwickeln und zur Anwendung zu bringen. Um so betrübender ist es, wenn man sieht, wie die schweizerische interkantonale Praxis und Gesetzgebung der internationalen Rechtspflege anderer Staaten gegenüber nicht nur nicht voraus ist, sondern in bedenklicher Weise zurücksteht. Speziell der Bundesrath hält an dem schroffen Territorialitätsprinzip fest und bringt dasselbe überall zur Anwendung, wo nicht Staatsverträge, Bundesvorschriften oder Landesgesetze eine Ausnahme statuiren. Uns dagegen

Digitized by Google

erscheint das, was durch Verträge, Konkordate ꝛc. sich festgestellt befindet, keineswegs als eine willkürliche Erfindung, es ist uns vielmehr der Ausdruck einer in neuerer Zeit stets wachsenden Rechtsgemeinschaft.

Wir resümiren unsere Besprechung des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft vom 25. Wintermonat 1880 dahin: Der angebliche Gewinn und große Fortschritt, den uns dieses Gesetz gebracht, ist in der Verminderung der gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheit für das Frauenvermögen zu suchen. Früher war das Frauenvermögen durch die Bestimmungen der §§ 182 und 183 b. G.-B. auf hinreichende Weise gegen Angriffe des Mannes gesichert. In den betreffenden Gesetzesstellen fand sich der völlig richtige Grundsatz ausgesprochen, daß der Verfügungsgewalt des Ehemannes nur die Früchte des Frauenvermögens, nicht aber dessen Substanz unterliegen. Nach dem gegenwärtigen Gesetz muß sich dagegen die Frau mit der Illusion des Konkursprivilegiums begnügen.

In § 182, Absatz 4 b. G.-B. waren ferner genaue Formvorschriften für den vom Manne der Frau auszustellenden Weibergutsempfangschein gegeben, die diesen Anforderungen entsprechenden Empfangscheine waren jedenfalls beweiskräftig, also im Sinne des § 123, Ziff. 3 des luzernerischen Civilrechtsverfahrens „rechtsbeständige Geständnisse". Dagegen lag es nach der richtigen Auffassung nicht im Sinne des § 182, alle andern, also z. B. die bloß privaten Empfangscheine von jeder Beweiskraft a priori auszuschließen. Dieselben waren vielmehr, wie oben erörtert wurde, nach den für außergerichtliche Geständnisse geltenden Beweisregeln zu behandeln.

§ 8 verlangt dagegen in kategorischer Weise die Anfertigung eines Inventars und dessen Beglaubigung durch den Gemeinderathspräsidenten des Wohnortes und zwar soll diese Errichtung innert 3 Monaten nach der Verehelichung geschehen. Nach diesem Wortlaut des Gesetzes ist es mindestens zweifelhaft, ob ein privater oder auch ein zwar amtlich beglaubigter, aber nicht genau den Anforderungen des § 8 entsprechender Weibergutsempfang-

Digitized by Google

schein überhaupt beweistüchtig sei. Die Redaktion des § 8 läßt sogar die Auffassung zu, daß einzig durch das vorschriftsgemäß angefertigte Inventar die Thatsache und der Bestand des Frauenguts zu erstellen sei, daneben aber alle andern Beweismittel unzulässig seien. Indem daher das Gesetz für die Sicherheit der Frau sorgen will, ist es sehr fraglich, ob es nicht gerade die Stellung der Frau durch Ausschließung aller andern Beweismittel schwer schädige. Sehr richtig hat Professor Andreas Heusler in Basel in dem oben zitirten Aufsatz: „Das Weibergutsprivileg" den Werth des neuen Gesetzes mit folgenden Worten gezeichnet: „Je mehr Gewalt man dem Manne über das Vermögen der Frau einräumt, desto geneigter wird man werden, das Weibergutsprivileg zu wahren; je schwächer gegentheils das Eherecht des Mannes am Frauengut gestaltet wird, desto entbehrlicher erweist sich ein Konkursprivileg der Ehefrau. Dieses gegenseitige Abwägen und Rechnen ist mir gerade bei der neusten Luzerner Gesetzgebung in hohem Grade aufgefallen; es scheint mir, daß die Motive, die zu dem Gesetze vom 25. November 1880 über eheliches Güterrecht geführt haben, über Gebühr hierauf Gewicht gelegt haben. Das ursprünglich aufgestellte Prinzip einer Versicherung des halben Frauenguts durch den Mann wurde schließlich gegen das Linsengericht eines Konkursprivilegs für die Hälfte eingetauscht und damit das Interesse der Ehefrau als gewahrt erachtet. Es ist aber doch wahrlich nicht zu verkennen, daß ein Konkursprivileg der Ehefrau — und dehne man es noch so sehr aus — unter keinen Umständen ein genügendes legislatorisches Aequivalent für die Verfügungsfreiheit des Mannes abgeben kann, denn es ist keine direkte Sicherung des Frauenguts gegenüber dem Manne, kein jederzeit parates Recht der Ehefrau, sondern hinsichtlich seines praktischen Werths von Bedingungen abhängig, die völlig in der Hand des Ehemannes liegen, die Ehefrau muß trotz dem schönsten Konkursprivileg mit gebundenen Händen und geschlossenem Munde zuschauen, wie der Mann das Ehevermögen verschleudert und nichts übrig läßt, woran sie schließlich, wenn er beim Konkurse angelangt ist, ihr Privileg wirklich üben könnte. Darum thut eine Gesetzgebung Unrecht,

Digitized by Google

wenn sie dieses Weibergutsvorrecht als eine reelle Sicherung der Frau und damit als ein maßgebendes Element des ehelichen Güterrechts behandelt, und es als ein genügendes Gegengewicht gegen die freie Verfügung des Mannes betrachtet, die sie sonst, ohne solches Privileg, nicht zulassen würde."

Auch der Reg.-Rath des Kts. Luzern hat in einem vom 15. September 1879 datirten, zu Handen des Großen Rathes erstatteten Gutachten vor diesen Neuerungen mit warmen und eindringlichen Worten gewarnt.

„Wir unsererseits", heißt es in der angeführten Botschaft, „geben, sofern überhaupt von den gegenwärtig geltenden, im b. G.-B. enthaltenen Bestimmungen hinsichtlich des ehelichen Güterrechts abgegangen werden will, dem ursprünglichen Entwurf des Reg.-Rathes, resp. der von demselben z. Zeit niedergesetzten Vorberathungskommission, wie er im Januar 1870 vorgelegt worden, gegenüber allen späteren, nämlich sowohl gegenüber dem von der frühern Großrathskommission modifizirten, als dem aus der ersten Berathung hervorgegangenen, namentlich aber gegenüber dem neuesten, auf wesentlich neue Grundlage gestellten Entwurf der gegenwärtigen Großrathskommission, den entschiedenen Vorzug, indem derselbe einerseits für gehörige Konstatirung des Bestands des Weiberguts — eine wesentliche Voraussetzung einer erfolgreichen Sicherung desselben — Sorge trägt und andrerseits die obligatorische Sicherung der Hälfte desselben sogleich bei der Aushingabe des Gutes vorschreibt. In diesem wesentlichen Punkt des ehelichen Güterrechts — der Frauengutssicherungsfrage — können wir uns mit dem neuesten Kommissionsvorschlag, der ungeachtet der vielen betrübenden Erscheinungen, die uns das Leben in dieser Hinsicht tagtäglich bietet und gewiß eher dazu angethan wären, diesbezüglich zur Aufstellung von strengern, oder wenigstens zur strengern Handhabung der bestehenden Bestimmungen zu mahnen, den Frauenmittelbezug in der weitgehensten Weise erleichtert, durchaus nicht einverstanden erklären.

„Wir sind auch überzeugt, daß die angeregte Erleichterung des Frauenmittelbezuges und in dem Maße, wie sie vorgeschlagen wird, abgesehen davon, daß sie dem historisch Hergebrachten

Digitized by Google

widerspricht und bishin in unserm Kanton ungewohnt ist, dem Rechtsbewußtsein und der Rechtsanschauung des solideren Theils unseres Volkes keineswegs entsprechen würde. Die im Entwurf vorgesehene allfällige Einsprache der Frau gegen den unversicherten Vermögensbezug bildet bei der natürlichen Stellung der Frau zum Ehemann, resp. der innigen Lebensgemeinschaft, in welcher beide zueinander stehen, keine Schranke und die ebenfalls vorgesehene eventuelle Forderung der Rückerstattung oder Sicherung des Frauenguts bei drohendem Verlust des letztern erweist sich erfahrungsgemäß in den weitaus meisten Fällen als illusorisch und bietet daher ebenfalls keine ernstliche Garantie. Auch das vorgeschlagene, bisher in unserm Kanton ebenfalls ganz unbekannte Konkursprivileg für die Hälfte des Weiberguts gibt, abgesehen von seinen Schattenseiten für den Kredit, keine hinlängliche Sicherheit für dasselbe, indem da, wo, wie wohl oft der Fall, nichts oder nicht genügend über die drei ersten Vorrechtsklassen hinaus mehr vorhanden ist, das Konkursprivileg eben gegenstandslos und werthlos ist. So wird das in dem neuesten Entwurf niedergelegte System praktisch so ziemlich einer völligen schutzlosen Preisgabe des Frauenguts in die Hände des Ehemanns gleichkommen, ein System, dem wir unsererseits absolut nicht beipflichten können.

„Dagegen scheint uns, wie gesagt, der ursprüngliche Entwurf des Regierungsrathes mit amtlicher Konstatirung des Weiberguts-bestandes und obligatorischer Sicherung der Hälfte des beweglichen Weiberguts, den andern vorhandenen Entwürfen gegenüber seine großen Vortheile zu haben. Durch die Bestimmtheit, mit welcher er die Materie regelt, beugt er einer Menge ehelicher und rechtlicher Streitigkeiten vor, beschränkt die Willkür der Vormundschafts-behörde und gibt der Familie für alle Zufälle des Lebens einen materiellen Halt. Auch will uns nicht scheinen, daß darin eine unbillige Zurücksetzung des Ehemannes liege, da ihm wenigstens die Hälfte des Frauenvermögens unversichert aushingegeben, resp. belassen wird und er von der andern Hälfte immerhin die Nutznießung hat." (Siehe Amtliche Uebersicht der Verhandlungen des Großen Raths pro 1879, Seite 51 u. ff.)

Digitized by Google

Allein alle diese gewichtigen Gründe konnten den Großen Rath nicht bewegen, die Grundsätze des Entwurfs von 1878 aufzugeben. Die Behörde pflichtete vielmehr in ihrer Mehrheit den Anschauungen bei, welche die großräthliche Kommission im Gegensatz zu dem regierungsräthlichen Gutachten in einem speziellen Berichte ausgesprochen. Die Kommission machte hier geltend, daß die Vorschrift, wornach das einer Ehefrau anfallende Vermögen zunächst in die Depositalkasse einzulegen und dann erst vermittelst verschiedener Förmlichkeiten dem Ehemann herauszugeben sei, viele Unzukömmlichkeiten zur Folge habe. Für die Behörden entstünden eine gewisse Verantwortlichkeit und zahllose Bemühungen, während doch dem Publikum daraus mehr nur eine große Summe von Kosten und Weitschichtigkeiten als die gewünschte Sicherung erwachse. In den weitaus zahlreichsten Fällen werde die Vermittlung der Depositalkasse von den Interessenten gar nicht gewünscht und es sei daher eine nichts als Kosten bewirkende Formalität, wenn man das Publikum zu ihrer Inanspruchnahme zwinge. Diese Gründe veranlaßten die Kommission den § 6 zu proponiren, wornach der Ehemann zum Bezug des Frauenguts ohne amtliche Vermittlung berechtigt sei. Uebertriebene Hoffnungen knüpfte die Kommission ferner an die Einführung des Konkursprivilegs. Das Privileg sei eine billige Konzession an die eigenthümliche Rechtsstellung der Frau und scheine sich praktisch durchweg bewährt zu haben, es sei auch geeignet, dem Unwesen der betrüglichen Bankerottirerei entgegen zu arbeiten, namentlich mit Rücksicht auf den Abs. II des § 20, wonach Frauengutsrestitutionon oder Sicherungen, welche innert 6 Monaten erfolgten, annullirt werden könnten.

Der Entwurf der großräthlichen Kommission wurde dann unterm 25. Wintermonat 1880 mit wenigen Abänderungen zum Gesetz erhoben. —

Die Geschichte des Vormundschaftsgesetzes und des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft bietet einen äußerst lehrreichen Beitrag zur wissenschaftlichen Würdigung des sog. Gesetzesrechts. Ein Bedürfniß für eine Gesetzesrevision war bezüglich der ganzen Materie der Vormundschaft absolut nicht vorhanden, die im

Digitized by Google

bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen entsprachen in jeder Beziehung den Rechtsanschauungen des Luzernervolkes. Bloß einige Doctrinäre fanden Ende der Sechsziger Jahre Gefallen, durch Einbringen eines Gesetzesentwurfs ihre Schulweisheit zu dokumentiren. Sie leisteten dadurch den Beweis, daß der Gesetzgeber nicht den Professor copiren und das Gesetzbuch nicht einem Compendium nachgebildet werden soll.

Das Recht, das im Volke durch langjährige Uebung und Gewohnheit entsteht, hat eben eine viel größere Zähigkeit als die Machwerke formaler Juristen. So kam denn die Revision des Vormundschaftsgesetzes nach großen Mühen, und ohne daß sie in ihrer endgültigen Gestalt weder den Ansprüchen der Doctrin noch denjenigen der Praxis entsprach, zum Abschluß. Der ursprüngliche Entwurf war durch die vielen Abänderungen bis zur Unkenntlichkeit entstellt.

Mit dem neuen Vormundschaftsgesetz waren nun aber die über die „Beistandschaft der verheiratheten Weibspersonen" geltenden Bestimmungen nicht mehr in Einklang zu bringen. Es ging dabei dem luzernerischen Gesetzgeber wie dem Götheschen Zauberlehrling, der die Geister wohl entfesseln, aber nicht mehr bannen konnte. Die Revision mußte eben zu Ende geführt werden und es geschah dies nun in ganz anderer Weise, als diejenigen, welche dieselbe angeregt, gewollt. Die Tendenz des Motionsstellers Anton Hunkeler und des auf Grund der Motion ausgearbeiteten Entwurfs war eine Verbesserung der rechtlichen Stellung der Frauen, das endliche Resultat hatte jedoch das gerade Gegentheil zur Folge. Daß die Aufhebung des im luzernerischen bürgerlichen Gesetzbuch bloß dem Namen nach mehr existirenden, sehr modifizirten Instituts der Geschlechtsbeistandschaft den ledigen Frauenspersonen keinerlei reellen Nutzen gebracht, haben wir oben ausgeführt, an dieser Stelle haben wir bloß nochmals darauf hinzuweisen, daß durch die Aufhebung einer jeden gesetzlichen Sicherung des Frauenvermögens die rechtliche Lage wenigstens der verheiratheten Frauen positiv verschlechtert wurde.

Digitized by Google

In Folge rasch nach einander erlassener Spezialgesetze über die unehelichen Kinder, über die Vormundschaft, die Ehe und den Civilstand und die eheliche Vormundschaft ist nun der ganze erste Theil des bürgerlichen Gesetzbuches (Personenrecht) mit alleiniger Ausnahme der Bestimmungen über Rechte, Personen und Rechtsfähigkeit, sowie derjenigen über väterliche Gewalt abrogirt worden. Die Disharmonie zwischen all' diesen einzelnen Gesetzesnovellen und den stehen gebliebenen Resten des bürgerlichen Gesetzbuches ist aber der Art groß geworden, daß nach unserer Ansicht eine erneute Codifikation des gesammten Personenrechts unabweisbar ist. Die Materie des Vormundschaftsrechts haben wir aber hauptsächlich darum etwas ausführlicher besprochen, um an einem Beispiel zu zeigen, daß bei Erlaß der Art wichtiger Gesetze für die Zukunft ein etwas volksthümlicheres und einheitlicheres Verfahren sehr angezeigt wäre.

Nachtrag. Den besten Beweis für die im Gesetze über die eheliche Vormundschaft enthaltenen vielen Unklarheiten leistet die Thatsache, daß der Regierungsrath schon mit Botschaft vom 4. März 1881 beim Großen Rath eine authentische Interpretation zahlreicher Bestimmungen des Gesetzes nachsuchte. In der bezüglichen regierungsräthlichen Botschaft sind die einzelnen §§, welche vermöge ihrer Fassung bereits zu verschiedener Auslegung und zu mehrfachen Weisungen Anlaß gegeben, mit großer Präzision erörtert. Gleichwohl beschloß der Große Rath in eine Interpretation des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft nicht einzutreten. Die diesem Beschlusse beigedruckten Erwägungen der obersten gesetzgebenden Behörde sind aber nach keiner Richtung geeignet, die im Gesetze selbst enthaltenen Zweideutigkeiten zu beseitigen. (Vrgl. amtliche Verhandlungen des Großen Raths für 1881, Seite 30 u. ff.)

Unterm 11. März 1881 erließ sodann der Regierungsrath von sich aus eine Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die eheliche Vormundschaft.

Nach § 8 des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft sind bloß Datum und Unterschrift des Inventars durch den Gemeinde-

Digitized by Google

rathspräsidenten des Wohnorts zu beglaubigen. Letzterer hat die Beglaubigung in eine eigens hiefür geführte, fortlaufende Controle einzutragen.

Nach § 4 der regierungsräthlichen Vollziehungsverordnung muß dagegen die gebundene Controle außer dem Visirungsdatum noch enthalten:

a. Geschlechts- und Vornamen des Ehegatten mit Angabe seines Berufs, des Heimath- und Wohnortes, sowie seiner Ehefrau.
b. Ort und Datum der Verehelichung.
c. Die summarische Angabe des eingebrachten Guthabens und der allfälligen Schulden der Ehefrau, bei jenem soweit möglich mit Ausscheidung nach Liegenschaft, Mobiliar, Werthschriften und Baarschaft.
d. Datum des Inventars.
e. Die Unterschrift des Gemeinderathspäsidenten.

Der Regierungsrath bemerkt in seiner Botschaft zu diesem §: „Wenn wir auch zugeben, daß eine Controlirung, wie sie die Verordnung vorsieht, oder ein Auszug daraus, das verloren gegangene Inventar selbst im Konkursfalle als Beweismittel für die Vorrechtsprätension n i c h t ersetzen wird, so ist doch andrerseits nicht zu leugnen, daß damit wenigstens in mehrfach anderer Beziehung Beweis geleistet werden kann, und zwar überall da, wo die ordentlichen Beweismittel zugelassen sind."

Auch bei Besteuerungen gäbe die vorgesehene Controle Anhaltspunkte für die Behörde, denen sonst nur zu oft der wahre Vermögensbestand verheimlicht werde.

Im Uebrigen enthält die regierungsräthliche Vollziehungsverordnung bloß rein formelle Bestimmungen, über den Wortlaut der vorzunehmenden Beglaubigung, die Einrichtung der zu führenden Controle ꝛc.

Digitized by Google

Ist Art. 6 des Emancipationsgesetzes des Kantons Bern

(Gesetz vom 27. Mai 1847 über die Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaften im alten Kantonstheil)

durch das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 aufgehoben worden?

Von Alex. Reichel, Fürsprech.

In Folge des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit ist in den Kreisen der bernischen Juristenwelt die Frage vielfach ventilirt worden, ob durch diese neue Kundgebung der eidgenössischen Legislatur Art. 6 des sog. Emanzipationsgesetzes, der ja schon eine crux interpretum bildete, außer Kraft gesetzt worden sei oder nicht. Die Ansichten darüber sind noch jetzt sehr getheilt; sowohl für die Affirmative als für die Negative haben sich hoch angesehene Mitglieder des bernischen Barreau's ausgesprochen. Die Frage selbst erschien dem h. bernischen Regierungsrath so wichtig, daß er ein Kreisschreiben v. 28. Dez. 1881 an die Regierungs-Statthalter des alten Kantonstheils erließ, worin er seine Meinung dahin abgab, daß dieser Art. 6 noch in Kraft bestehe*).

*) das Kreisschreiben lautet:

Von verschiedenen Seiten sind Zweifel darüber geäußert worden, ob infolge des am 1. Januar nächsthin in Kraft tretenden Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit der Art. 6 des Gesetzes über die Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaften im alten Kantonstheil vom 27. Mai 1847 als aufgehoben zu betrachten sei.

Wir sind nun zwar nicht im Falle, Erlasse eidgenössischer Behörden, resp. Bundesgesetze, authentisch zu interpretiren, und müssen uns daher darauf beschränken, unsere Ansicht über die Frage auszusprechen. Dieselbe geht dahin, daß der Artikel 6 des erwähnten Gesetzes durch das neue Bundesgesetz nicht aufgehoben worden sei. Es ist nämlich wohl zu beachten, daß die Vorschrift des Art. 6 nicht sowohl die Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Wittwen und der mit letztern auf gleiche Linie gestellten Abgeschiedenen und Ehefrauen von Geltstagern bezweckt, als vielmehr die erbanwartlichen Ansprüche der Kinder solcher Weibspersonen sicherstellen will. So lange daher nicht etwa durch gerichtliche Urtheile anders ent-

Digitized by Google

Und zweifellos hat die Entscheidung dieser Frage für die bernischen Verkehrsverhältnisse eine einschneidende Bedeutung, da die Dispositionsfähigkeit einer zahlreichen Personenklasse, nämlich sämmtlicher Wittwen, geschiedenen Frauen und der Ehefrauen von Geltstagern, welche Kinder haben, berührt wird.

Die hier folgenden Erörterungen sollen nur einen Beitrag zur Lösung der Frage bilden, ohne den Anspruch zu erheben, daß die gegebene Entscheidung die einzig richtige ist. Wenn der Verfasser zu der Annahme gelangt, daß die vom Regierungsrathe in seinem Kreisschreiben vom 28. Dez. 1881 ausgesprochene Ansicht die richtige ist, so gründet sich dieselbe hauptsächlich auf rechtsgeschichtliche Gründe; gerade aber die Continuität der rechtsgeschichtlichen Entwicklung kann und wird jedenfalls von einer entgegenstehenden Anschauungsweise angefochten werden.

I. Die einschlagenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Handlungsfähigkeit, vom 22. Juni 1881.

„Art. 1. Die persönliche Handlungsfähigkeit wird mit der Volljährigkeit erlangt.

„Die Volljährigkeit tritt für beide Geschlechter mit dem zurückgelegten zwanzigsten Altersjahre oder mit der Verheirathung ein.

„Art. 7. Die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen wird für die Dauer der Ehe durch das kantonale Recht bestimmt, mit Vorbehalt der in Art. 35 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht enthaltenen Bestimmungen betreffend die Handelsfrauen."

Das Bundesgesetz gibt (vernünftiger Weise) keine Definition von dem Begriffe „Handlungsfähigkeit"; wir werden aber nicht fehl gehen, wenn wir darunter die persönliche Fähigkeit einer Person verstehen, Willenserklärungen mit rechtlicher Verbindlichkeit

---

schieden sein wird, bleibt die Vorschrift des Art. 6 auch unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit in Kraft.

Sie wollen hievon die Vormundschaftsbehörden und die Notarien Ihres Bezirkes mittelst Zustellung von Exemplaren dieses Kreisschreibens in Kenntniß setzen.

Digitized by Google

abzugeben*). Diese Fähigkeit erlangen Schweizerbürger beiderlei Geschlechtes mit dem vollendeten zwanzigsten Altersjahre.

Nicht geregelt durch das Bundesrecht ist die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, mit Ausnahme der Handelsfrauen.

Ueber diesen Punkt bestimmt Art. 35 des Obligationenrechtes:

„Wenn eine Ehefrau mit ausdrücklicher oder stillschweigender „Einwilligung ihres Ehemannes einen Beruf oder ein Gewerbe „selbständig betreibt, so haftet sie nach Maßgabe des vorher„gehenden Artikels (Berufsausübung durch Personen, welche in „ihrer Vertragsfähigkeit beschränkt sind) ohne Rücksicht auf die „Nutzungs und Verwaltungsrechte des Ehemannes.

„Ueberdieß haftet, wo nach kantonalem Rechte das Vermögen „der Ehefrau in dasjenige des Ehemannes übergeht, der Ehe„mann; wo Gütergemeinschaft besteht, das gemeinsame Vermögen.

„Eine weitergehende Haftung des Ehemannes zu bestimmen, „bleibt dem kantonalen Rechte vorbehalten."

Es wird hiemit das Institut der Handelsfrau, das in Frankreich durch den code de commerce, in Deutschland durch das allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch schon lange eingeführt war, unabhängig von den kantonalen Gesetzgebungen auch in der Schweiz zur allgemeinen Geltung gebracht.

Nach den hievor angeführten Gesetzesstellen stehen in Beziehung auf Handlungsfähigkeit unter das Bundesgesetz ebenso wie die ledigen Personen beiderlei Geschlechtes auch Wittwen und abgeschiedene Frauen, gleichgültig, ob sie Kinder haben oder nicht. Nicht unter dem Bundesrecht, sondern unter kantonalem Rechte stehen aber die Ehefrauen, also auch diejenigen der Kaufleute.

Dieß letztere ist für das Nachfolgende wichtig, da wie bekannt das bernische Ehemannschaftsgesetz sich auch auf Ehefrauen von Kaufleuten, aus deren Ehe Kinder hervorgegangen sind, bezieht.

* Vergl. z. B. Art. 1 Handelsgesetzbuch § 1. Verordnung betreffend das Handelsregister vom 1. Juli 1881 § 1.

Digitized by Google

II. Das bernische eheliche Güterrecht und Erbrecht, und das Emanizipationsgesetz vom 27. Mai 1847.

Das System des bernischen ehelichen Güterrechtes wird gewöhnlich zur Familie der Güterrechte mit Gütereinheit gerechnet, vielleicht kann es nach seiner äußern Erscheinungsform auch als eine allgemeine Gütergemeinschaft angesehen werden*) mit der partikularrechtlichen Steigerung, daß der Mann nicht nur die gewöhnlichen Dispositions- (Verwaltungs-) befugnisse über das eheliche Gut hat, und die Frau Miteigenthümerin wird, sondern daß er mit Abschluß der Ehe Eigenthümer des von der Frau zugedachten Gutes wird und ebenso Eigenthümer desjenigen Vermögens, welches der Ehefrau während der Dauer der Ehe anfällt. Der Mann haftet für die vorehelichen Schulden der Frau sowie für diejenigen Schulden, welche auf dem Vermögen haften, welches sie ihm während der Ehe zubringt. (Satz. 88 C.)**)

Der Frau bleibt nur ein Anspruch auf den Werth des Zugebrachten, wofür sie unter gewissen Voraussetzungen im Konkurs des Ehemannes ein Privilegium für die Häfte in der III. Klasse der bernischen Klassifikation der Gläubiger genießt.

Ist die Ehe eine beerbte Ehe, d. h. sind aus derselben Kinder hervorgegangen und beim Tod eines Gatten noch lebend, so gilt für den Fall der Auflösung derselben durch den Tod des

---

*) Wenn ich unser eheliches Güterrecht als Gütergemeinschaft bezeichne, so leite ich diese Ansicht eben von der äußern Erscheinungsform ab. Nach dem Gütergemeinschaftssystem ist der Ehemann meistens befugt, die Mobilien, wie ein Eigenthümer, zu veräußern, ausnahmsweise steht ihm eine solche Verfügung auch über die Immobilien zu (Provinzialgesetz von Westphalen, v. 16. April 1860 § 3. v. Dernburg l. c. III pag. 109, Note 3). Hiermit, d. h. mit der Konstruktion als Gütergemeinschaft, stimmt auch überein, daß die abgetheilten Kinder erster Ehe gegenüber den Kindern zweiter Ehe dem gemeinschaftlichen parens gegenüber kein Erbrecht mehr haben, ebenso daß das Theilrecht sich in den alemannisch-fränkischen Rechtsgebieten, welche meistentheils der Gütergemeinschaft huldigen, ausgebildet hat. (Vergl. Gerber, Deutsches Privatrecht, 11. Aufl., § 236, Note 8.)

**) Wir lassen hier das sog. „vorbehaltene Gut" außer Betracht. Die bernischen Bestimmungen hierüber haben, soweit sie nicht die Kleider der Frau betreffen und Zierrathen, welche ihr persönliches Eigenthum sind und bleiben, fast keine praktische Anwendung gefunden.

Digitized by Google

Ehemannes das Theilrecht mit Verfangenschaft der ungetheilten Güter zu Gunsten der Kinder. Die Frau ist Erbin des Mannes, aber mit Vorbehalt des Theilungsrechts der Kinder. Die Theilung tritt ein bei Wiederverheirathung der Wittwe. Eine eigenthümliche, aber in der Rechtsgeschichte auch sonst vorkommende Rechtsbildung tritt dabei zu Tage. Das Objekt der Theilung ist nämlich nicht nur das väterliche Vermögen, sondern auch dasjenige eigene Vermögen der Wittwe und Heirathskandidatin, welches ihr bis zum Momente der Theilung angefallen ist.

Dieses Theilrecht bildete sich in Deutschland hauptsächlich in den vom fränkischen und alemannischen Rechte beherrschten Gebieten aus*).

Auch in der Schweiz, die ja zum großen Theile auf alemannischem Rechtsboden steht, findet sich dieses System während des Mittelalters vielfach in Dorf- und Landrechten**).

Es sei uns erlaubt, hier den Nachweis zu führen, daß auch im bernischen Stadtrechte sich dieses Theilrecht bis in die ältesten Zeiten zurückverfolgen läßt, ja daß sich möglicherweise schon in der Handfeste Spuren davon nachweisen lassen.

Die Handfeste hat folgendes System:

---

*) Vgl. hierüber: Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland, II.; Wächter, württembergisches Privatrecht I. p. 189 ff.; v. Roth, deutsches Privatrecht II. § 94, 101; Eichhorn, deutsche Rechtsgeschichte II. § 370.

**) Wir verweisen hier auf unser Landrecht von Saanen mit seiner Halbschiedstheilung, wonach beim Tode eines Ehegatten eine Theilung des sämmtlichen Vermögens zwischen parens superstes und den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern eintritt.

Sodann z. B. Erbrecht im Siggenthal (Aargau): „Ob aber dieselb „person sich anderweit verändert (verheirathet), und aber kind überkom„mend, so sollen doch die nachfolgenden Kind an dem vorererbten liegenden „Gut nützit erben, sondern dasselb liegend guot si denn den ersten kindern, „so geteilt worden, vervangen."

Vgl. hiezu Stadtrecht von Freiburg i. Uechtland: § 29. Si quis matrimonialiter contraxerit cum aliqua et contegerit virum mori, uxor eius supra omnia bona que vir eius sibi et liberis suis reliquerit sine dissipatione (ohne wesentliche Kapitalveränderung) rerum illorum liberorum, dum est absque marito, domina debet esse. In Freiburg i. U. war dann die Wittwe bei der Wiederverheirathung zur Theilung mit den Kindern erster Ehe verpflichtet. § 29.

Digitized by Google

Die Kinder erben erst nach dem Tode beider Eltern*).
Bei beerbter Ehe ist zu unterscheiden:

a. Vorabsterben der Mutter.

Der Ehemann beerbt nach Art. 41 der Handfeste seine Frau. Es ist nun bestritten, ob die Bernische Handfeste schon bei Lebzeiten der Frau ein freies Verfügungsrecht des Ehemannes auch über Immobilien kannte. Der Wortlaut des Art. 43 spricht dafür, während König (Ztsch. Bd. XVI p. 478), gestützt auf verschiedene in den Fontes Rerum Bernensium enthaltene Urkunden und nach ihm Huber (das Kölnische Recht in den zähringischen Städten, p. 11) annehmen, daß der Ehemann jedenfalls über Immobilien seiner Frau nur mit gesammter Hand verfügen konnte. Die von König angeführten Urkunden beweisen nun freilich, wie Herr Professor Zeerleder richtig bemerkt hat, nicht gar viel, denn die Aussteller sind nicht Personen, welche unter bernischem Stadtrechte stunden. Dagegen scheint nach Art. 48 der Handfeste für das Vorabsterben der Mutter allerdings ein Wartrecht für die Kinder bestanden zu haben, vielleicht nach Analogie von Art. 44 der Handfeste von Freiburg im Breisgau**).

*) Art. 41. Si duo contraxerint, et filios genuerint, liberi eorum post mortem *utriusque parentis* omnia bona parentum iure hereditario sine omni contradictione libere possidebunt.

Ich citire die Handfeste nach dem Abdruck von Prof. König im Jahrgang 1861 der Zeitschrift für vaterl. Recht.

**) Berner Handfeste Art 43. Præterea quamdiu pater vixerit et sanus fuerit et incolumis omnia bona, que habet in allodiis, feodis et aliis rebus potest dare, vendere et expendere quomodocunque et cuicunque voluerit, *etiam pueris invitis* et *uxore nolente*.

Art. 48. Si uxor alicujus burgensis moritur, cum qua liberos habuit et ipse post allodia et alia bona acquisierit de his potest disponere quicquid voluerit sine priorum voluntate. Si alios pueros genuerit his tenetur relinquere mobilia et allodia post acquisita.

Daraus läßt sich per argumentum e contrario entnehmen, daß er über die während der Dauer der ersten Ehe erworbenen Allodien nicht frei verfügen konnte, sobald die Frau gestorben war. Hiermit stimmt Art. 44 der Freiburger Handfeste:

Maritus uxore vivente pro voluntate sua de possessiene sua disponit. Si alter eorum moritur, nisi famis necessitas eum urgere coepit et illam necessitatem iuramento probaverit, de proprio et hereditate suo nil facere potest. Si vero aliquis heredum sibi necessaria ministrare voluerit non habebit disponendi potestatem. Si vero alter eorum sponsare voluerit neuter eorum de proprio et hereditate nichil facere potest.

Digitized by Google

b. Vorabsterben des Vaters*).

Die Frau hat freies Verfügungsrecht über die Fahrhabe, nicht über Eigen (allodia). Und zwar hat sie dieß freie Verfügungsrecht, solange sie unverheirathet bleibt und die Kinder erziehen will.

Ein Verfügungsrecht über Eigen hat sie ausnahmsweise bei dringender Noth bis auf den Werth von 5 Solidi.

Tritt sie in eine zweite Ehe, so kann sie ihrem zweiten Manne die Mobilien zubringen; über das Eigen bleibt ihre Dispositionsbefugniß durch das Verfangenschaftsrecht der Kinder gebunden.

Von einem Theilrecht der Kinder ist nichts erwähnt; auch in dem Stadtrecht von Freiburg im Breisgau und gar im kölnischen Stadtrecht findet sich kein Theilrecht. — Das Kölner Recht, das gemeiniglich als Urquelle des Bernerrechts angesehen wird, hat überhaupt ein anderes System. Dort ging beim Tode eines Elterntheils das Eigenthum an den Liegenschaften sofort an die Kinder über mit einem Leibzuchtrecht (usufructus) des parens superstes**). Auch bei der Wiederverheirathung änderte sich dieses Leibzuchtrecht nicht. Eine Theilung konnte, immer unter Vorbehalt des Leibzuchtrechtes, nur mit Einwilligung des überlebenden Elterntheils geschlossen werden.

*) § 44. Si civis aliquis moritur et uxori sue multa bona reliquerit, illa potest omnia bona sua dare et vendere, cuicumque voluerit, *præter allodia* etiam contra voluntatem puerorum, *et quamdiu sine viro fuerit et pueros suos voluerit nutrire:* si nihil habeat præter allodia et probare potuerit hoc testibus vel iuramento, etiam allodia fame urgente partim expendere potest et obligare usque ad summam V solidorum: et hoc semper usque dum plus valere non possint . . . . . Si vero contraxerit cum aliquo mobilia potest illi dare et de allodiis nichil facere præter voluntatem puerorum, excepto quod domum suam debet ad suam vitam possidere.

**) Vgl. Schröder l. c. II. 2. p. 82 ff., siehe jedoch auch Huber, das kölnische Recht in den zähringischen Städten in Zeitschrift für schweiz. Recht XXII. 1. ff. In dieser interessanten Abhandlung wird mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit der Nachweis geleistet, daß die Erwähnung des Kölner Rechtes in der Freiburger Handfeste zähringischen Ursprungs nur die Bedeutung hat, daß Freiburg nach dem kölnischen Rechte freier Bürger und freier städtischer Organisation zur Stadt erhoben werden sollte. Mit Recht weist der Verfasser darauf hin, daß aus der Zeit der Freiburger Handfeste ein geschriebenes Kölner-Stadtrecht noch gar nicht existirte (die erste Aufzeichnung desselben ist vom Jahre 1437) und daß das Recht der zähringischen Städte in den verschiedensten Punkten von dem kölnischen Rechte (gerade auch in Bezug auf das eheliche Güterrecht) wesentlich differirt.

Digitized by Google

Das Stadtrecht von Freiburg im Breisgau (und der dazugehörige Stadtrodel) enthalten für unsern Fall keine andere Bestimmung als in § 44 i. f.

Si vero alter eorum sponsare voluerit, neuter eorum de proprio et heriditate nihil facere potest, d. h. es bleiben bei Wiederverheirathung eines überlebenden Ehegatten die Allodien außer seiner Verfügungsgewalt. Dieß dürfte aber hier mit dem dem Freiburger Stadtrecht bekannten Wartrecht (§ 20) zusammenhängen, während das Berner Stadtrecht hierüber keine Bestimmung enthält.

Für uns ist im Weiteren von Wichtigkeit, daß wir wissen, daß die Aurea Bulla, welche das bernische Stadtrecht enthält, wie so manche Privilegien damaliger Zeit, gefälscht ist. Doch ist ziemlich wahrscheinlich, daß sie um das Jahr 1274 abgefaßt ist und wohl die damals geltenden Rechtssätze in knapper Form enthält. Wenn nun auch in derselben von einem Theilrecht der Kinder mit ausdrücklichen Worten nicht gesprochen ist, so dürft doch ex post vielleicht der Schluß gestattet sein, daß schon damals ein solches existirt habe.

Erstens weil Bern auf alemannisch-burgundischem Rechtsboden steht und das Theilrecht sich in alemannischen Rechtsquellen vielfach ausgebildet findet.

Zweitens weil in der ausführlichen Stadtsatzung des Hans von Rütte aus dem Jahre 1539, welche die Handfeste in deutscher Uebersetzung als Einleitung und noch geltendes Recht enthält, das Theilrecht in vollkommener Form ausgeprägt ist und zwar wesentlich an dieselben Voraussetzungen geknüpft, wie sie schon in der Handfeste enthalten sind, allerdings dort nur für die Verfügungsgewalt der Wittwe über die Mobilien.

Ehe wir auf die Stadtsatzung von 1539 kommen, müssen wir noch einer Stelle aus dem im bernischen Staatsarchiv befindlichen Satzungenbuch *) gedenken. Dieselbe enthält ein Raths-

*) Das Satzungenbuch ist eine Sammlung von Vorschriften der verschiedensten Natur, polizeiliche Bestimmungen, staatsrechtliche, civilrechtliche Ordnungen gehen in bunter Reihe durcheinander. Sie reichen vom 13. bis ins 16. Jahrhundert.

Digitized by Google

Erkenntniß, welches aus dem Anfang des 15. Jahrhunderts kommen dürfte und giebt folgende Vorschriften:

Die Frau soll nach des Mannes Tode sein hinterlassenes Eigen besitzen.*)

Es sollen die Schulden des Mannes zunächst aus dem fahrenden Gut bezahlt werden, wenn dieses nicht hinreicht, aus dem Eigen.

Ueber das fahrende Gut wird mit Hülfe des nächsten Blutsverwandten der Kinder und zweier Mitglieder des Rathes ein Inventar aufgenommen. Die Frau verwaltet das hinterlassene Gut, mit Hülfe dieser Beistände, ohne jedoch den Bestand verändern zu dürfen („unvertriebenlich"), bis die Kinder majorenn sind.

Sie behält aber die Verwaltung nur so lange, als sie unverheirathet bleibt und die Kinder erziehen will (wörtlich wie in § 44 der H. F. quamdiu sine viro fuerit et pueros suos voluerit nutrire).

Bei der Wiederverheirathung geht die Verwaltung für den den Kindern zugehörigen Theil an den Blutsverwandten der Kinder unter Beihülfe der beiden Rathsmitglieder über.

---

*) Wie sich ein frow nach ir emans tod mit den kindern und guot halten soll:

So dann das ein frow nach ir mans tode das eigen das er gelassen hat besetzen sol, di wile si lebet: aber si und ir kind sond zu glichem erbe gan an dem varenden guot und des emans geltschulden sollen die mueter und die kind gelten von dem varenden guot und were das des varenden guotes gebreste die schuld abzulegen, so soll si die schulden mit dem eigen bezaln. Und als lang die mueter ane man ist und die kind ziechen wil, so sol sie gewaltig sin des varenden guotes, doch also das der nächste fründ der kinder es sy von vatter oder muoter der zu der stat gehöret, zustund (alsbald) nach des manns begrebde mit zweien der reten, die er zu im nemen sol, erforschen und besechе wie viel des varenden guotes und mit dero rate ouch die obgenannt frow dasselb varend guot verhüten sol unvertriebenlich untz (bis) das dieselben kind zu iren vollen tagen kommt. Wenn si aber einen man nimt, dann sollent die kind sin mit dem guot, das inen zugehörd, in sorge und behütnusse des eignen „fründs" und zweyer von dem rate.

Dieses Citat ist entnommen aus der im bernischen Staatsarchive befindlichen Handschrift des Satzungenbuches. Sie ist aber schon mit einigen Abänderungen nach der Handschrift Pellis abgedruckt in der Ausgabe der Stadtsatzung von 1539, welche Professor Schnell veranstaltet hat. Dort findet sie sich in einer Note auf pag. 39.

Digitized by Google

Offenbar ist hier schon ein Theilrecht der Kinder angedeutet, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen. Es läßt sich aber der Schluß der Stelle kaum anders verstehen, wo von dem „guot, das inen (den Kindern) zugehört", die Rede ist.

Die Stadtsatzung von 1539 *), offenbar mit Bezugnahme auf die eben angeführte Stelle des Satzungenbuches giebt uns nun zum ersten Male expressis verbis das Theilrecht der Kinder: die Wittwe besitzt das hinterlassene Gut des Ehemannes nach Bezahlung der Schulden desselben. Die Kinder können sie zur Theilung zwingen, wenn sie in eine zweite Ehe tritt und wenn sie die Kinder nicht erzieht. In die Theilung fällt nicht nur das Vermögen des Vaters, sondern auch dasjenige der Wittwe und sie erhält einen Kindestheil, welchen sie dem neuen Ehemann in die Ehe bringt. Zu bemerken ist hier nur, daß ein dritter Theilungsgrund auftaucht, nämlich wenn die Mutter sich nicht wohl haltet, d. h. ehrbar aufführt. Dieser ist aber in allen nachfolgenden Kodifikationen bis auf die Gerichtssatzung von 1761 beibehalten worden; überhaupt ist das Theilrecht der Kinder in der Gestalt, wie es 1539 normirt worden, im wesentlichen unverändert geblieben.

Zum Nachweis dieser Behauptung citiren wir einfach die betreffenden Gesetzesstellen.

Vernüwerte Gerichtssatzung von Bern, gedruckt 1615. II. Theil Tit. XIII. Satz I. p. 136.

„Wenn schon der Ehemann eheliche Kinder sampt ihrer „Mutter nach Todt verläßt: so söllend darumb dieselben nit „gewalt haben, die Mutter ze zwingen mit ihnen zu theilen:

*) § 66. Wenn der eman vordannen stirpt und eliche kind so er mit und by siner verlassenen efrowen elich überkommen mit sampt der mueter hinder im verlassen hat, so sollent die gelten vordannen us gemeinem unzerteyltem guot des ersten vergolten und bezalt werden und darnach sol und mag die mueter dz übrig sin verlassen guot alles samenthaft besitzen, nutzen und bruchen nach irem willen und notturft, als lang sy sich erlich und wol haltet und bemelte kind erzüchen und mit sal und rat versehen will. Und sollent die kind nicht gwalt noch macht haben die mueter ze nötigen oder zwingen mit inen ze teylen, usgenommen, wenn die mueter sich mit einem andern eman besorgen und sich mit der e verändern wurde, deß sy wol gwalt hat als obstat. Alsdann sol sy mit gedachten kinden teylen in gstalten, als harnach (S. 68) folget.

Digitized by Google

„es sye dann sach, das die Mutter sich mit einem andern Ehe-
„mann (dessen sy dann wohl gwalt hat) besorgen oder sich nit
„ehrlich und wol halten wurde, oder auch bemelte Kindt nit er-
„züchen noch mit Fahl und Raht versechen wölte, als dann soll
„sy mit gedachten Kindern theilen in gestalten, als jetzt folget.
(S. II. c. 7).“

Der Theilungsmodus ist derselbe, indem auch das Vermögen der Wittwe in die Masse fällt.

Beinahe wörtlich gleichlautend bestimmt die Gerichtssatzung von 1761. Theil I. Titel XLVI. Satz 1. pag. 170:

„Wenn schon der Ehemann eheliche Kinder sammt ihrer
„Mutter nach Tod hinterläßt, so sollen jedoch dieselben die Mutter
„wider ihren Willen nicht zwingen können mit ihnen zu theilen:
„es sey denn Sach, daß eine solche Mutter sich mit einem andern
„Ehemann, dessen sie wohl befugt ist, versorgen oder sich nicht
„ehrlich und wohl halten oder auch bemeldte Kinder nicht er-
„ziehen noch mit Fall und Rath versehen wurde. In diesen
„Fällen soll eine Mutter schuldig sein, mit ihren Kindern zu
„theilen und mag auch dazu gezwungen werden.“

Den Abschluß dieser historischen Entwicklung bilden die Satzungen 523 und 528 unseres gegenwärtig in Kraft stehenden Civilgesetzbuches:

S. 523. „Hinterläßt ein Ehemann eine Ehefrau und nur
„Kinder, die er mit derselben erzeugt, so ist seine Ehefrau sein
„Notherbe; jedoch mit Vorbehalt des Theilungsrechtes der Kinder,
„wenn sie in eine fernere Ehe tritt.“

S. 528. „Die Theilung des älterlichen Vermögens wird
„fällig, wenn die Mutter zu einer ferneren Ehe schreitet, ꝛc.“

In unserm Civilrecht ist also nur ein Theilungsgrund übrig geblieben, als welcher die zweite Ehe der Wittwe gilt, während unehrbares Leben und mangelhafte Erziehung der Kinder weggefallen sind; — geblieben ist die Bildung der Theilungsmasse, in welche auch das Vermögen der Wittwe fällt. *)

*) Partikularrechtlich findet sich im Fürstenthum Kempten auch die Variation, daß die bei Wiederverehelichung zur Abtheilung verpflichtete Wittwe ihr zugebrachtes Gut vorwegnimmt und nur über das Vermögen des

Digitized by Google

Ehe wir versuchen, eine juristische Konstruktion des Rechtsinstitutes des Theilrechtes der Kinder zu geben, müssen wir die Entstehung des Emancipationsgesetzes behandeln.

Bei Erlaß unseres Civilgesetzbuches kamen für die Dauer der Verfangenschaft noch folgende Bestimmungen in Betracht:

S. 303. „Die nicht in der Ehe lebenden volljährigen Weibs„personen, welche nicht unter der älterlichen Gewalt stehen und „nicht in der Verwaltung ihres Vermögens eingestellt sind, . . . „sollen einen ordentlichen Beistand haben."

S. 308. „Der Beistand soll darüber wachen, daß sich das „Kapitalvermögen, welches auf dem Verzeichniß steht, nicht „vermindere und allfällige Verminderungen desselben vor allen „Dingen aus den Ersparnissen wieder ersetzt werden."

S. 311. Absolutes Verbot der Eingehung von Bürgschaften durch Weibspersonen.

Nach diesem System trat die Verfangenschaft des Vermögens der Ehefrau zu Gunsten der Kinder nicht so scharf hervor, sondern es war die Handlungsfähigkeit von Personen weiblichen Geschlechtes im Sinne des altgermanischen Mundiums überhaupt in so hohem Maße beschränkt, daß die Frau entweder unter elterlicher oder ehemännlicher Vogtei, oder unter ordentlicher Beistandschaft stand. Demgemäß konnte sie von sich aus über ihr Kapitalvermögen überhaupt keine Verfügungen treffen, weder unter Lebenden noch von Todeswegen, gleichgültig ob sie Descendenten als Notherben hatte oder nicht.

Sie konnte nur (S. 307) ihre Einkünfte d. h. den Ertrag des Vermögens selbständig beziehen und unter Lebenden darüber verfügen; desgleichen in Beziehung auf kapitalisirte Ersparnisse. Bei derartig beschränkter Handlungsfähigkeit waren natürlich die Anspruchsrechte der Kinder durchaus gewahrt, da eine Veränderung des der Ehefrau überkommenen Vermögens dem Kapitalstocke nach vollständig ausgeschlossen war. Die Bestimmungen des bernischen Civilgesetzbuches galten, als dem 4. Titel des

---

verstorbenen Ehemannes mit den Kindern nach Köpfen theilt. Vgl. v Roth, deutsches Privatrecht II. § 110.

Digitized by Google

Personenrechts angehörig, auch im neuen Kantonstheile. *) Dort war man an die freieren Bestimmungen des code civil gewöhnt und die Geschlechtsbeistandschaft wurde vielfach als lästig im Verkehre empfunden und so wurde zunächst im Jura durch Dekret vom 12. Dezember 1839 die Geschlechtsbeistandschaft aufgehoben und zwar für Weibspersonen, welche in den Jurabezirken verburgert sind (Art. 1, 2 des Dekrets). — Wie es scheint, waren die altbernischen Weiber eifersüchtig auf die von ihren Kompatriotinnen erlangte Freiheit; es kam am 27. Mai 1847 das Emancipationsgesetz zu Stande, das auch für den alten Kantonstheil der Geschlechtsbeistandschaft ein Ende machte.

Die uns hier wesentlich interessirenden Bestimmungen dieses Gesetzes sind:

Art. 1. Aufhebung von S. 303 bis und mit 311 des Personenrechtes.

Art. 6. „Bis die Theilung über das elterliche Vermögen „eintritt, darf die Wittwe" (gleichgestellt sind laut Dekret vom 4. April 1857 die Ehefrauen von Geldstagern und Abgeschiedene) „an dem Kapitalvermögen keine wesentlichen Veränderungen vor„nehmen, ohne dazu die Einwilligung der Kinder, die nicht unter „ihrer Gewalt stehen und für diejenigen, welche derselben unterworfen „sind, die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ihrer Hei„mathsgemeinde erhalten zu haben. Jede Handlung der Wittwe, „durch welche ohne diese Beistimmung der Kinder das Kapital„vermögen wesentlich verändert oder vermindert würde, ist un„gültig."

„Bis zum Abschlusse der Theilung ist es auch der Wittwe" (und den ihr Gleichgestellten) „untersagt, Bürgschaften einzu„gehen."

Dem Zuge der modernen Zeit folgend, sollte dnrch das Emancipationsgesetz die Handlungsfähigkeit von Personen weiblichen Geschlechtes bedeutend erweitert, ja sie sollten den Männern gleichgestellt werden, dabei aber die Rechte der Kinder auf den

*) Vgl. über das folgende: Leuenberger, Geschlechtsbeistandschaft und Weiberemancipation im Jahrgang 1853 der Zeitschrift für vaterländisches Recht.

Digitized by Google

Fall des Vorabsterbens des Mannes bei beerbter Ehe gewahrt bleiben. Daher Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaft, aber Verbot der Bürgschaft und wesentlicher Kapitalveränderungen ohne Einwilligung der Kinder oder deren Rechtsvertreter.

Demnach stellt sich nun das Rechtsverhältniß beim Tode des Ehemannes im Falle der S. 523 als folgendes dar:

Die Wittwe ist Notherbin des Vermögens des Ehemannes; sowohl dieses aber als ihr eigenes Gut bleibt den Kindern verfangen. Die Kinder haben auf dieses Vermögen ein mit gewissen Kautelen versehenes Anwartschaftsrecht; die Wittwe hat freie Befugniß alle Verwaltungshandlungen vorzunehmen und darf über den Ertrag, auch über allfällige Ersparnisse frei verfügen.

Prof. Dr. E. Vogt erklärte sich in einem bei einem praktischen Falle abgegebenen Gutachten gegen diese Ansicht, denn erben heiße soviel als succediren, erwerben, behalten und die wesentliche Befugniß des Erben, d. h. die Disposition über die Substanz des im Eigenthum stehenden Objektes habe die überlebende Ehefrau nicht. Es komme deshalb nicht darauf an, welche Namensbezeichnung der Gesetzgeber gewählt und daß er die Ehefrau Notherbin genannt habe, sondern auf den juristischen Inhalt und dieser sei nur als fortgesetztes eheliches Güterrecht zu construiren.

Wir sind einverstanden, daß das eheliche Güterrecht auf das Verhältniß der Ehefrau nach dem Absterben des Mannes bei beerbter Ehe von bedingendem Einfluß ist; die bloße Konstruktion als fortgesetztes eheliches Güterrecht hilft uns aber nicht über die Frage hinweg, wer Erbe des Vermögens, der vom Ehemann unzweifelhaft herrührenden Verlassenschaft (S. 499) ist. Denn daß wir es nicht mit einer hereditas jacens zu thun haben, springt sofort in die Augen. Dieser Begriff ist sowohl germanischer Rechtsanschauung mit dem Princip le mort saisit le vif als speciell dem bernischen Rechte zuwider. Mit dem Momente des Todes geht der Inbegriff der übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten auf den Erben über, der, wenn er zu den Notherben gehört, die angefallene Erbschaft ausschlagen muß.

Digitized by Google

Es steht also fest, daß mit dem Tode des Ehemannes ein Repräsentant seiner übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten gefunden werden muß. Als Notherben bezeichnet in unserem Falle das Gesetz die Ehefrau und sie ist unzweifelhaft zunächst bei der Besitzergreifung der Hinterlassenschaft mit allen Befugnissen eines Erben ausgestattet. Sie muß (auch nach der Praxis des App.- und Kass.-Hofes) die Erbschaft innerhalb der peremptorischen Frist von 30 Tagen ausschlagen, sonst haftet sie mit ihrem Gesammtvermögen für die Erbschaftsschulden. Den Kindern steht ein Ausschlagsrecht nicht zu, dafür haften sie aber auch nicht für Erbschaftsschulden.*)

Zweifellos hat die Wittwe, wenn sie annimmt, und zwar aus eigenem Rechte, die Vindicationsklage für Sachen, die zur Erbschaft gehören; ebenso werden wir ihr den Besitz an Erbschaftssachen zuschreiben müssen und welcher andere Besitz könnte dieses sein, als der Eigenthumsbesitz. Wenn sie Grundeigenthum erwirbt, wird kein anderer Weg übrig bleiben, als ihr dasselbe zuzufertigen. Sie kann selbständig Prozesse anheben, ohne einer Autorisation der Kinder zu bedürfen.

Ihre Veräußerungsbefugniß allein ist beschränkt, sobald es sich um eine wesentliche Kapitalveränderung handelt, d. h. an die Einwilligung der Kinder gebunden. Ist aber diese Einwilligung vorhanden, so ist sie selbst zur Disposition über die Substanz der Sache ermächtigt und dann ist sie die handelnde Person, sie verkauft, sie verzichtet ꝛc., nicht etwa die Kinder; alle Klagen aus derartigen, mit Zustimmung der Kinder abgeschlossenen Rechtsgeschäften richten sich gegen die Wittwe, nicht gegen die Kinder als etwaige Mitcontrahenten.

Und das Theilrecht der Kinder? Welche Natur ist ihm zu vindiciren? Ist es ein dinglicher, obligatorischer oder was für ein Anspruch ist es?

Da wir mit unserer gemeinrechtlichen juristischen Bildung gewohnt sind, ein Erbrecht nur anzunehmen, wenn die Erbschaft

*) Zwar ist eine Ausschlagung der Erbschaft durch die Vormundschaftsbehörde in der Praxis hie und da geübt worden, aber eine Verpflichtung dazu läßt sich aus dem Gesetze nicht herleiten.

Digitized by Google

angefallen ist und die bloße Anwartschaft als eine leere spes succedendi anzusehen, die keine greifbare Form bei Lebzeiten des Erblassers hat, so wird man stutzig, wenn man das Theilrecht der Kinder als eine erbrechtliche Befugnis bezeichnet. Und doch ist es nicht möglich, das Theilrecht anders zu konstruiren, als es eine erbrechtliche Klage, analog der gemeinrechtlichen hereditatis petitio zu nennen. Wir befinden uns hier in einem Rechtsinstitut, das in der römischen Rechtsentwicklung kein Vorbild findet und das strenge Romanisten deßhalb als unconstruirbar, kurzweg als ein Unding betrachten werden.

Trotzdem haben wir in der deutschen Erbrechtsentwickelung ein anologes Institut, das sich juristisch sehr gut begreifen läßt, wenn man nur nicht gewillt ist, alles zu verwerfen, was nicht in die römischen Kategorien hineinpaßt. Es ist das sogenannte Wartrecht der Erben.*)

Das germanische Erbrecht kannte beim Beginn der Rechtsentwicklung kein Testament. Das Gut wurde gewissermaßen als der Familie zugehörig angesehen und vererbte sich durch Intestaterbrecht von Vater auf Sohn. Es ist leicht zu begreifen, daß deßhalb die Kinder schon bei Lebzeiten des Vaters ein gewisses Recht hatten, dafür besorgt zu sein, daß das ihnen zukommende Vermögen nicht an dritte Personen unbefugter Weise veräußert wurde.**) Freilich bildete sich dieses Wartrecht an dem Allod, dem ererbten Grundeigenthum im Gegensatz zunächst zur fahrenden Habe im älteren Recht, später zum gewonnenen Gut, dem erarbeiteten Vermögen, worüber dem Erblasser bei seinen Lebzeiten freie Verfügung zustand, aus.

Dieses Wartrecht der Erben findet sich nicht nur in den Rechtsbüchern des Mittelalters (Sachsen- und Schwabenspiegel), sondern auch in einer Menge von Stadt- und Landrechten anerkannt. Ueberdieß besitzen wir eine Unzahl Urkunden, enthaltend

*) Vgl. hierüber Siegel, das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters in seinem innern Zusammenhange dargestellt. Heidelberg 1853.

**) Sachsenspiegel III. 84 § 3 spricht vom Erben in dieser Beziehung: des he wartende is.

Digitized by Google

Veräußerungsverträge, in welchen entweder die Namen der Kinder als Mitkontrahenten vorkommen oder die allgemeine Formel aufgenommen ist: heredes consenserunt et renunciaverunt.

Dieses Wartrecht war aber zweifellos ein dingliches, d. h. ein erbrechtliches und gab eine Klage gegen jeden dritten, ebenso wie die hereditatis petitio eine vindicatio und somit eine dingliche Klage ist. Freilich ist dieses ganze Wartrecht, das dem Erben gewissermaßen schon bei Lebzeiten des Erblassers ein Erbrecht giebt, der römischen Auffassung des Erbrechts durchaus zuwider. Aber das ganze germanische Erbrecht, wie es im Beginne seiner Entwicklung keine Testamente kannte, ist der römischen Anschauung schnurstracks zuwider. Erbverträge waren dem Römer ein Unding, umgekehrt ist unserer heutigen Anschauung der Satz nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest durchaus fremd. *)

So stehen wir nicht an, auch das Theilrecht der Kinder als ein dingliches Recht, d. h. als einen gegen jeden Dritten wirkenden Anspruch erbrechtlicher Natur aufzufassen. Bisher ist es auch in der Praxis des App.- und Kassationshofes so aufgefaßt worden, wie besonders zwei Fälle beweisen.

Ein Ehemann, der eine Wittwe mit Kindern geheirathet hatte, hatte sich in einen von derselben überkommenen Titel eine Anweisungsbescheinigung machen lassen, bevor die Theilung vollzogen war und hatte denselben veräußert. Die Kinder erster Ehe klagten auf Nichtigkeit der Veräußerung und die Klage wurde ihnen zugesprochen. **)

Ein Geldstager hatte eine vermögliche Wittwe geheirathet. Es wurde der Nachgeldstag über ihn ausgesprochen und man wollte das Gesammtvermögen der Wittwe zur Masse ziehen. Die

---

*) Siegel l. c. § 33.

**) Zeitschrift VII. 184. Dort hat der App.- und Kass.-Hof freilich nicht nur ein dingliches, sondern eine Art von Miteigenthumsrecht zwischen Mutter und Kindern angenommen, was kaum haltbar erscheinen dürfte. Vgl. hiezu auch König, bernische Civil- und Civilprozeßgesetze III. 2 Abth. p. 44 ff.

Digitized by Google

Kinder der Letzteren vindizirten den ihnen zukommenden Theil und die Klage wurde ihnen zugesprochen *).

Nachdem wir uns den Boden in dieser Weise geebnet haben können wir an die Untersuchung der Hauptsache gehen und fragen:

III. Derogirt das Bundesgesetz über die Handlungsfähigkeit dem bernischen Emanzipationsgesetze?

Wenn man die Sache ganz obenhin betrachtet, wird man sich vielleicht sagen, das Emanzipationsgesetz war ein die Handlungsfähigkeit betreffendes Gesetz und der Art. 6 desselben hat noch gewisse Beschränkungen der Handlungsfähigkeit stehen gelassen; deßhalb findet das Bundesrecht ohne weiteres Anwendung. Dieß widerspricht aber schon der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers, die Weibspersonen des alten Kantonstheils in Bezug auf Handlungsfähigkeit mit denjenigen des neuen gleichzustellen. Und näher besehen enthält der Artikel 6 des Emanzipationsgesetzes gar keine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, sondern nur eine Beschränkung der Veräußerungsbefugniß für Sachen, auf welche Dritte, nämlich die theilungsberechtigten Kinder, dingliche Rechte besitzen. Die Wittwe (und die ihr gleichgestellten Personen) befindet sich bis zur Abschichtung in einer analogen Stellung, wie der Usufruktuar, sie kann wohl das Gut verwalten und die Erträgnisse nutzen, aber sie darf dasselbe in seiner Substanz nicht verschlechtern.

Setzen wir den Fall, der Art. 6 stünde gar nicht im Emanzipationsgesetze, so würden deshalb die §§ 523 u. 528 des Erbrechts nicht aufgehoben sein. Das Theilrecht der Kinder und die aus demselben resultirenden Klagen würden trotzdem vorhanden sein. Die Kinder würden zweifellos berechtigt sein, beim Eintreten des Erb- oder des Theilungsfalles gegen geschehene Veräußerungen klagend aufzutreten. Auf diese Klagen würde aber zweifellos das Bundesrecht gar keinen Einfluß ausüben.

*) Diesen Entscheid verdanke ich mündlichen Mittheilungen zweier Mitglieder des App.- und Kassationshofes; ich habe ihn weder in der Zeitschrift noch im Materialregister auf der Kanzlei des Obergerichtes finden können.

Digitized by Google

Hiermit ist freilich die Frage nicht gelöst; denn der Art. 6 steht als Stein des Anstoßes im Emanzipationsgesetze und wir werden wohl oder übel darauf eintreten müssen, sein Verhältniß zum Bundesgesetze über die Handlungsfähigkeit noch etwas näher zu untersuchen.

Wir haben oben bemerkt, der Art. 6 des Emanzipationsgesetzes beschränke nur die Veräußerungsfähigkeit der darunter gestellten Personen. Es gibt nun eine Zahl bernischer Juristen, die durch Aufstellung des Unterschieds zwischen Handlungsfähigkeit und Veräußerungsfähigkeit (Dispositionsbefugniß) den Ausgang aus dem Wirrsal gefunden zu haben glauben. Da das Emanzipationsgesetz nur die Veräußerungsbefugniß gewisser Personenklassen beschränke, so werde es deßhalb von dem Bundesgesetze über Handlungsfähigkeit nicht betroffen. Unserer Ansicht nach wird aber damit der gordische Knoten nur zerhauen und nicht gelöst. Denn sobald man Veräußerungsfähigkeit als einen allgemeinen Zustand der Person auffaßt und sie zur Handlungsfähigkeit in Beziehung setzt, so fällt sie eben mit dieser zusammen. Wer befugt ist mit rechtlicher Wirkung einen Vertrag zu schließen, wodurch er sich eines Rechtes, einer Sache entäußert, der ist handlungsfähig; wem diese Befugniß fehlt, der ist handlungsunfähig *).

Untersuchen wir aber, ob die Wittwe mit Kindern handlungsunfähig ist, auch abgesehen von Art. 1 des Bundesgesetzes, so finden wir: Die Wittwe kann jede Art von Verträgen eingehen, nicht nur lukrative, sondern auch onerose, sie kann kaufen und verkaufen, miethen und vermiethen, ohne daß irgend Jemand zur Einsprache berechtigt wäre; es bleibt ihr einzig untersagt die Substanz des Vermögens, welches sie besitzt, zu verschlechtern;

**) Vgl. Wächter Pandekten I. p. 206: Es kann bei einem Willensfähigen die juristische Handlungsfähigkeit in gewissen Beziehungen beschränkt sein, namentlich:

a. In Beziehung auf die Veräußerungsfähigkeit, d. h. es giebt Personen, die, wenn sie auch an sich willensfähig sind, doch nicht ihr Vermögen verwalten und nichts davon veräußern können.

b. Die Beschränkung kann aber auch noch weiter sich erstrecken auf die Verpflichtungsfähigkeit durch Rechtsgeschäfte überhaupt ꝛc.

Digitized by Google

aber über ihre Ersparnisse wird sie frei verfügen können*). Diese Beschränkung hängt aber nicht zusammen mit ihrer persönlichen Handlungsfähigkeit, sondern wie wir aus der historischen Entwicklung gesehen haben mit den Rechten dritter Personen, der theilungsberechtigten Kinder. Das Vermögen, welches sie von ihrem Manne geerbt hat, und ihr eigenes Vermögen ist nicht ihr unbeschränktes Eigenthum, sondern dasselbe bleibt vom Momente des Todes des Ehemannes bis zur Theilung den Kindern verfangen, dieses Vermögen steht in einem erbrechtlichen Nexus, in Folge dessen eine Beschränkung der Veräußerungsfähigkeit der Wittwe zu Tage tritt, die aber ihre Handlungsfähigkeit an sich nicht berührt. — Diese Beschränkung der Wittwe hat somit nur äußerlich einen der Handlungsunfähigkeit analogen Zustand zur Folge, es sind bestimmte konkrete Rechtsverhälnisse, in Folge derer sie das den Kindern verfangene Gut nicht veräußern darf.

Hier ist der Platz, um aus der bundesräthlichen Botschaft zu dem Bundesgesetz über die Handlungsfähigkeit zwei Stellen anzuführen, welche beweisen, daß auch der Gesetzgeber des Bundes in diese konkreten Rechtsverhältnisse nicht eingreifen wollte, weil er sie seiner Kompetenz entzogen glaubte:

pag. 6. „Bezweckt unser Gesetz lediglich die persönliche „Handlungsfähigkeit im strikten Sinne, also die von individuellen „Momenten bestimmte rechtliche Selbständigkeit physischer Per„sonen einheitlich zu normiren, so läßt es auch im Wesentlichen „unberührt diejenigen Rechtssätze, welche nicht aus allgemeinen „dem Individuum als solchem inhärenten Gründen seiner Dis„position im Rechtsverkehre entgegentreten, sondern gewisse Be„schränkungen derselben an besonders geartete Rechtsverhältnisse „knüpfen, in denen sich die Person zufällig befindet. Da die „beschränkte Freiheit in diesen Fällen als Folge eben jener be„sondern Rechtsverhältnisse erscheint, so kann sie außer Zusammen„hang mit diesen nicht richtig behandelt werden; natürlich ist „sie auch in Umfang und Wirkung, je nach den sie begründenden

*) Vgl. auch König, bern. Civil-Gesetze. Personenrecht II. Abth. pag. 349 u. f.

Digitized by Google

„Verhältnissen, sehr verschieden. — Während es sich oft „nur um die Verhinderung einzelner Rechts„geschäfte oder der Verfügung über einzelne Ver„mögensstücke z. B. verfangenes Gut handelt, „steigert sich in andern Fällen die Beschränkung „der Dispositionsfreiheit bis zu einem der persön„lichen Handlungsunfähigkeit äußerlich ganz „analogen generellen Zustand".

pag. 22 zu Art. 7 des Entwurfes: „Dagegen für Wittwen „und definitiv geschiedene Frauen gilt die Regel des Art. 1, vor„behalten immerhin die speziellen Dispositionsbeschränkungen „betreffend einzelne Vermögenstheile, wie sie sich aus erb- und „familienrechtlichen Satzungen ergeben mögen."

Man wird zugeben müssen, daß es jedenfalls nicht in der Absicht des eidgenössischen Gesetzgebers lag, in Verhältnisse wie sie durch Art. 6 des Emanzipationsgesetzes berührt werden, einzugreifen. Und wenn auch zugegeben werden kann, daß die Absicht des Gesetzgebers nicht entscheidend sei, sondern das, was er wirklich ausgesprochen hat, so bilden doch zweifellos die Motive ein Interpretationsmittel, das insbesondere dann von Werth und von hervortretendem Gewicht wird, wenn es einen sonst schon gezogenen Schluß unterstützt. So in unserem Falle: wir kommen ganz selbständig zu der Auffassung, daß der Art. 1 des Bundesgesetzes den Art. 6 des Emanzipationsgesetzes nicht aufhebt, wir finden in der bundesräthlichen Botschaft nur eine Bestätigung dieses Standpunktes*) und so bleibt sie für unsern Zweck nur ein sekundäres Interpretationsmittel.

**) Wenn wir wortklauben wollten, könnten wir auch noch den Text des Bundesgesetzes, der von „persönlicher Handlungsfähigkeit" spricht, herbeiziehen. Man könnte sagen, daß hier „persönlich" im Sinne von „individuell" zu nehmen sei, daß demnach alle Rechtsverhältnisse, in welche die Person unabhängig von ihrem Willen versetzt wird, durch das Bundesgesetz nicht getroffen sein sollen ꝛc. ꝛc. Wir glauben aber, man könnte einer derartigen Interpretation das Göthe'sche Wort mit Grund entgegenhalten:

„Denn eben, wo Begriffe fehlen
„Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein,
„Mit Worten läßt sich trefflich streiten,
„Mit Worten ein System bereiten."

Digitized by Google

Wir können hier noch auf eine andere Seite der Rechtsstellung der Frauen nach bernischem Rechte verweisen, die ebenfalls durch das Bundesrecht nicht berührt wird, wo im Obligationenrecht der eidgenössische Gesetzgeber auf eine Normirung verzichtet hat, weil erbrechtliche Verhältnisse in Frage kommen, zu deren Regulirung ihm die Kompetenz nach der Verfassung fehlt. — Es ist dieses das Rechtsinstitut der Schenkung. Nach Satz. 722 C. dürfen Ehefrauen nur über ihr vorbehaltenes Gut, volljährige Weibspersonen, welche weder unter ehemännlichem noch vogteilichem Mundium stehen, nur über ihre Ersparnisse durch Schenkungen verfügen. Diese Bestimmung ist durch das Emanzipationsgesetz nicht aufgehoben, ebensowenig ist ihr durch das spätere Bundesrecht derogirt worden, trotzdem sie eine bedeutende Beschränkung der Dispositionsfreiheit enthält.

Wir kommen also nach all den vorangegangenen Erörterungen zu dem Schlusse, daß Art. 1 des Bundesgesetzes den Art. 6 des Emanzipationsgesetzes nicht aufhebt, so daß es auch in Zukunft den Wittwen, den abgeschiedenen und den falliten Frauen untersagt bleibt ohne Einwilligung ihrer Kinder wesentliche Kapitalveränderungen vorzunehmen, und zwar ist der Hauptgrund, der uns zu dieser Ansicht bewegt, daß die theilberechtigten Kinder einen erbrechtlichen (dinglichen) Anspruch auf das von der Mutter verwaltete Vermögen besitzen.

Es ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn man eine Aufhebung statuiren wollte, man zu der sonderbaren Konsequenz kommen würde, daß Ehefrauen von Konkursiten, die sich in ganz gleicher rechtlicher Stellung befinden, wie Wittwen und Abgeschiedene, von dem Bundesgesetze nicht betroffen werden, da das Bundesrecht, wie aus dem sub I Gesagten hervorgeht, die Handlungsfähigkeit von Ehefrauen nicht normirt. Diesen gegenüber wären die Anwartschaftsrechte der Kinder geschützt, in allen andern Fällen nicht mehr.

In einem Punkte allerdings wird das Emancipationsgesetz vom Bundesgesetze über Handlungsfähigkeit modifizirt. Der vielgenannte Art. 6 enthält neben dem Verbot der wesentlichen Kapitalveränderung, ein absolutes Verbot von Eingehung von

Digitized by Google

„Verhältnissen, sehr verschieden. — Während es sich oft „nur um die Verhinderung einzelner Rechts„geschäfte oder der Verfügung über einzelne Ver„mögensstücke z. B. verfangenes Gut handelt, „steigert sich in andern Fällen die Beschränkung „der Dispositionsfreiheit bis zu einem der persön„lichen Handlungsunfähigkeit äußerlich ganz „analogen generellen Zustand".

pag. 22 zu Art. 7 des Entwurfes: „Dagegen für Wittwen „und definitiv geschiedene Frauen gilt die Regel des Art. 1, vor„behalten immerhin die speziellen Dispositionsbeschränkungen „betreffend einzelne Vermögenstheile, wie sie sich aus erb- und „familienrechtlichen Satzungen ergeben mögen."

Man wird zugeben müssen, daß es jedenfalls nicht in der Absicht des eidgenössischen Gesetzgebers lag, in Verhältnisse wie sie durch Art. 6 des Emanzipationsgesetzes berührt werden, einzugreifen. Und wenn auch zugegeben werden kann, daß die Absicht des Gesetzgebers nicht entscheidend sei, sondern das, was er wirklich ausgesprochen hat, so bilden doch zweifellos die Motive ein Interpretationsmittel, das insbesondere dann von Werth und von hervortretendem Gewicht wird, wenn es einen sonst schon gezogenen Schluß unterstützt. So in unserem Falle: wir kommen ganz selbständig zu der Auffassung, daß der Art. 1 des Bundesgesetzes den Art. 6 des Emanzipationsgesetzes nicht aufhebt, wir finden in der bundesräthlichen Botschaft nur eine Bestätigung dieses Standpunktes*) und so bleibt sie für unsern Zweck nur ein sekundäres Interpretationsmittel.

**) Wenn wir wortklauben wollten, könnten wir auch noch den Text des Bundesgesetzes, der von „persönlicher Handlungsfähigkeit" spricht, herbeiziehen. Man könnte sagen, daß hier „persönlich" im Sinne von „individuell" zu nehmen sei, daß demnach alle Rechtsverhältnisse, in welche die Person unabhängig von ihrem Willen versetzt wird, durch das Bundesgesetz nicht getroffen sein sollen ꝛc. ꝛc. Wir glauben aber, man könnte einer derartigen Interpretation das Göthe'sche Wort mit Grund entgegenhalten:

„Denn eben, wo Begriffe fehlen
„Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein,
„Mit Worten läßt sich trefflich streiten,
„Mit Worten ein System bereiten."

Digitized by Google

Wir können hier noch auf eine andere Seite der Rechtsstellung der Frauen nach bernischem Rechte verweisen, die ebenfalls durch das Bundesrecht nicht berührt wird, wo im Obligationenrecht der eidgenössische Gesetzgeber auf eine Normirung verzichtet hat, weil erbrechtliche Verhältnisse in Frage kommen, zu deren Regulirung ihm die Kompetenz nach der Verfassung fehlt. — Es ist dieses das Rechtsinstitut der Schenkung. Nach Satz. 722 C. dürfen Ehefrauen nur über ihr vorbehaltenes Gut, volljährige Weibspersonen, welche weder unter ehemännlichem noch vogteilichem Mundium stehen, nur über ihre Ersparnisse durch Schenkungen verfügen. Diese Bestimmung ist durch das Emanzipationsgesetz nicht aufgehoben, ebensowenig ist ihr durch das spätere Bundesrecht derogirt worden, trotzdem sie eine bedeutende Beschränkung der Dispositionsfreiheit enthält.

Wir kommen also nach all den vorangegangenen Erörterungen zu dem Schlusse, daß Art. 1 des Bundesgesetzes den Art. 6 des Emanzipationsgesetzes nicht aufhebt, so daß es auch in Zukunft den Wittwen, den abgeschiedenen und den falliten Frauen untersagt bleibt ohne Einwilligung ihrer Kinder wesentliche Kapitalveränderungen vorzunehmen, und zwar ist der Hauptgrund, der uns zu dieser Ansicht bewegt, daß die theilberechtigten Kinder einen erbrechtlichen (dinglichen) Anspruch auf das von der Mutter verwaltete Vermögen besitzen.

Es ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn man eine Aufhebung statuiren wollte, man zu der sonderbaren Konsequenz kommen würde, daß Ehefrauen von Konkursiten, die sich in ganz gleicher rechtlicher Stellung befinden, wie Wittwen und Abgeschiedene, von dem Bundesgesetze nicht betroffen werden, da das Bundesrecht, wie aus dem sub I Gesagten hervorgeht, die Handlungsfähigkeit von Ehefrauen nicht normirt. Diesen gegenüber wären die Anwartschaftsrechte der Kinder geschützt, in allen andern Fällen nicht mehr.

In einem Punkte allerdings wird das Emancipationsgesetz vom Bundesgesetze über Handlungsfähigkeit modifizirt. Der vielgenannte Art. 6 enthält neben dem Verbot der wesentlichen Kapitalveränderung, ein absolutes Verbot von Eingehung von

Digitized by Google

Bürgschaften für Wittwen mit Kindern. — Dieses Verbot muß u. E. fallen, denn es enthält einen Eingriff in die Handlungsfähigkeit, es hebt die Verpflichtungsfähigkeit für eine bestimmte Vertragsart vollkommen auf und das ist nach den bundesrechtlichen Bestimmungen unzulässig.*)

Trotzdem aber wird nicht jede Bürgschaft exequirbar sein, sondern nur eine solche, welche sich in den Grenzen des obersten Prinzips des Art. 6 des Emancipationsgesetzes hält, d. h. wenn durch die Erfüllung der Bürgschaftspflicht das den Kindern verfangene Gut in erheblichem Maße angegriffen werden sollte, so muß die Klage zurückgewiesen werden. — Es werden also jedesmal die inneren Beziehungen des Rechtsgeschäftes genau untersucht werden müssen.

Wir sind am Schlusse unseres vielleicht etwas langathmigen Aufsatzes angelangt und wollen nicht in Abrede stellen, daß manches darin bestritten werden kann. Auch werden wir im Kanton nicht zu einer festen Praxis gelangen, bis das Bundesgericht sein Urtheil abgegeben hat und wenn der Entscheid etwa im Sinne einer Abrogation des Art. 6 des Emancipationsgesetzes ausfallen sollte, was zu bedauern wäre, so würde damit ein großer Theil unseres Erbrechtes auf den Kopf gestellt werden.

Daher sollte man sich an den Satz erinnern: caveant consules, ne quid detrimenti res publica capiat, und bei Zeiten für eine Revision des Erbrechtes besorgt sein. Eine Abnormität bleibt das Theilrecht in der Gestalt, wie wir es besitzen. Ein Usufrukt der überlebenden Wittwe und ein direktes Erbrecht der Kinder an dem Vermögen des Vaters wäre nicht so schwer in unsere bestehende Gesetzgebung einzufügen. Und es ist gegenwärtig die Zeit der Novellen und Einzelabänderungen,

*) Vgl. hiezu die oben angeführte bundesräthliche Botschaft pag. 13 i. f.: „Andere Kantone, welche die Geschlechtsvormundschaft erst kürzlich „beseitigt haben, beschränken die Fähigkeit des weiblichen Geschlechtes bezüglich einzelner Geschäfte, so Luzern für den Abschluß von Eheverträgen „(Vormundschaftsgesetz von 1871 § 3), Aargau für die Eingehung von „Bürgschaften (Gesetz vom 29. April 1877). Vor diesen Singularitäten „nun kann eine einheitliche Gesetzgebung, soll sie anders dem Verkehre „wesentlichen Vortheil bringen, nicht stehen bleiben."

Digitized by Google

also würde es dem Zuge der Zeit entsprechen, auch hier durch ein kleines Gelegenheitsgesetz eine drohende Verkehrsunsicherheit noch rechtzeitig abzuwenden.

Ueber einige Fälle des Eigenthumserwerbes an Mobilien nach schweiz. Obligationenrecht.

Von Dr. A. Affolter, Oberrichter in Solothurn.

§ 1.

Art. 205 sagt: Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigenthumsrecht, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war.

Es wird in diesem Artikel nur von Eigenthumserwerb durch Tradition gehandelt, was aus den Wörtern „Erwerber" und und „Veräußerer" hervorgeht.

Der Artikel spricht von „gutgläubigem Erwerber", woraus ich schließe, daß der gute Glaube*) nur beim Erwerbe, d. h. bis zum Zeitpunkte der vollzogenen Tradition erforderlich sei. Eine nachher eintretende Kenntniß der wirklichen Verhältnisse ist für das einmal erworbene Eigenthumsrecht ohne Einfluß. Durch den gutgläubigen Erwerb geht also das Eigenthumsrecht auf den Empfänger über und erlischt damit für den frühern Eigenthümer.

---

*) Was ist gutgläubig, guter Glaube? Ueber den Begriff der bona fides herrscht einiger Streit (vergl. Windscheid, Pandekten § 176 a. E.; Brinz, Pandekten, 2. Aufl. § 161). Der gute Glaube besteht in der Annahme, daß der Auktor Eigenthümer sei. Gai II, 43: — si modo eas (sc. res) bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet, dominum esse; l. 109 D. de verb. sign. 50,16; vergl. die Ausführungen von Brinz a. a. O. — Böser Glaube ist das Wissen des mangelnden Auktorrechts. — Nicht zu verwechseln mit der mala fides ist der dolus; dieser besteht in ganz Anderem; vergl. l. 1 § 2 i. f. D. de dolo malo 4, 3. Der dolose Erwerber ist sogar in den meisten Fällen bona fide Erwerber; vergl. S. 256 Note a. E.

Digitized by Google

Es hat das zur Folge, daß der Erwerber sein Eigenthumsrecht an jede beliebige Person übertragen kann, somit auch an den Veräußerer der Sache, der früher widerrechtlich in deren Besitz gekommen war. Der frühere Eigenthümer erhält durch diesen Vorgang seine Eigenthumsklage nicht wieder*).

§ 2.

Gestohlene oder verlorene Sachen können binnen fünf Jahren, vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet, jedem Inhaber abverlangt werden (Art. 206), sei dieser Inhaber der Dieb, der Finder oder derjenige, der bös- oder gutgläubig die Sache vom Diebe oder Finder erworben hat.

Nach Verfluß von fünf Jahren kann der Eigenthümer der gestohlenen oder verlorenen Sache diese nicht mehr jedem Inhaber abverlangen. Er verliert die Vindikation dadurch, daß ein Anderer Eigenthümer wird. Herr Bundesrichter Hafner**) nimmt zwar an, daß das Eigenthumsrecht an gestohlenen oder verlorenen Sachen nicht erworben werden könne, wie ich aber glaube, ohne Grund.

1. Derjenige, der gutgläubig eine gestohlene oder verlorene Sache vor Abfluß der kritischen fünf Jahre erwirbt, wird nicht Eigenthümer. Wird er es, wenn die fünf Jahre verstrichen sind? Wenn der gutgläubige Erwerber den guten Glauben bis Verfluß der fünf Jahre behält, wird er Eigenthümer; bekommt er aber vorher Aufschluß über seine irrthümliche Annahme, verliert er den guten Glauben, so kann er nicht Eigenthümer werden. Es scheint mir dies aus der Vergleichung der Artikel 205 und 206 hervorzugehen, welche soviel sagen: der gutgläubige Erwerber wird Eigenthümer — wenn nicht die Sache, weil gefunden oder gestohlen, vom Eigenthümer herausverlangt werden kann, mit andern Worten: fehlt die negative Prämisse des Art. 206; so kann Eigenthumsrecht nach Art. 205 erworben werden. Wird

*) Er kann sich auch dadurch nicht helfen, daß er der exceptio dominii die replicatio doli entgegengesetzt; denn diese ist nicht zulässig. Das Einwendungsrecht aus dolus ist nur ein obligatorisches, welches einem gültigen Eigenthumsrechte nicht entgegengestellt werden kann.

**) Textausgabe des Obligationenrechts, Anm. 4) zu Art. 206.

Digitized by Google

also die Sache vor Abfluß der fünf Jahre gutgläubig erworben, so ist der Eigenthumserwerb noch in suspenso; er wird perfekt, wenn die kritische Zeit verflossen ist und der gute Glaube bis dahin andauert.

2. Derjenige der die Sache nach Verfluß von fünf Jahren gutgläubig vom Diebe oder Finder oder dessen Nachfolger erwirbt, wird Eigenthümer. Bei Vergleichung der Artikel 205 und 206 scheint mir dies keinem Zweifel zu unterliegen.

3. Der Dieb oder Finder, der die Sache von dem Eigenthümer gewordenen Erwerber oder dessen Nachfolger wieder erwirbt, wird Eigenthümer. (Vergl. § 1 a E.)

§ 3.

Der bösgläubige Erwerber muß die Sache stets herausgeben (Art. 207), auch wenn mehr als fünf Jahre seit dem Tage des Abhandenkommens verstrichen sind. Wer ist bösgläubiger Erwerber?

Unter Erwerber versteht das Gesetz nur (Art. 200 ff.) den Erwerber infolge Tradition; auch in Art. 207 wird dieser Ausdruck nicht anders zu verstehen sein. Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß hier auf einmal noch andere Erwerbsarten vom Gesetzgeber herangezogen werden. Wenn dieser von bösgläubigem Erwerbe aus andern Gründen als Tradition sprechen wollte, so müßte er folgerichtig auch vom gutgläubigen Erwerbe aus andern Gründen (Erbschaftsübernahme ꝛc.) sprechen. Ich finde deshalb, daß der Kommentar des Hrn. Prof. Dr. Schneider zu weit geht, wenn er zu Art. 207 bemerkt: „also der Dieb, der Räuber, der Betrüger, der unredliche Finder, der Hehler" *). Unter

*) Viele Kantonalgesetzgebungen lassen den (ehrlichen) Finder wirklich Eigenthümer werden, den Dieb aus natürlichen Gründen freilich nicht. — Das soloth. Einführungsdekret beruht in soweit auf einem Irrthum, wenn es die §§ 715 bis 720, welche vom Eigenthumserwerbe des Finders sprechen, ja den § 753, welcher von der Ersitzung handelt, bezüglich der beweglichen Sachen aufhebt. Es kann somit auch der ehrliche Finder nach soloth. Rechte nie Eigenthumsrecht erwerben, weil er eben nur ehrlicher Finder nicht aber gutgläubiger Erwerber sein kann; ebenso ist eine Ersitzung des Erben an einer in der Verlassenschaft vorgefundenen Sache nicht mehr möglich. Vorkommende solche Fälle werden wohl in Zukunft nach Analogie des Obligationenrechtes entschieden werden müssen.

Digitized by Google

bösgläubigem Erwerber ist nur Derjenige zu verstehen, der von einem Nichteigenthümer mit Wissen, daß die Sache diesem nicht gehört, durch Tradition erwirbt. Wer aus andern Gründen als Tradition Eigenthümer werden kann, bestimmt das kantonale Recht; dieses ist nur an die Vorschrift gebunden, daß der Dieb und der Finder nicht vor Ablauf von fünf Jahren, vom Tage des Abhandenkommens der Sache an gerechnet (Art. 206), Eigenthümer werden dürfe*). Bei jeder Vindikation ist deshalb zu untersuchen:

1. Hat der Besitzer nach kantonalem Recht das Eigenthumsrecht originär erworben, oder nicht (Beachtung des Art. 206).

2. Ist der Besitzer derivativ nach schweizerischem Rechte Eigenthümer geworden oder nicht. Für diese Frage ist wieder maßgebend, ob der Tradent nach 1. oder 2. Eigenthümer geworden sei oder nicht**).

---

*) Der Dieb, der Räuber, der unredliche Finder muß die Sache nicht gemäß Art. 207 herausgeben, sondern nur deßhalb, weil die kantonalen Rechte (durchwegs) den Dieb, Räuber und unredlichen Finder nicht Eigenthümer werden lassen. Der Betrüger ist nicht bösgläubiger Erwerber, sondern arglistiger (Gegensatz von dolus und mala fides s. Note 1). Die Uebertragung (d. h. der Uebertragungswille des Veräußerers) ist, weil durch Betrug hervorgerufen (10 Jahre lang) anfechtbar, aber nicht nichtig. (Anders beim Irrthum, l. 35 D. de acqu. r. d. 41,1) Der Veräußerer kann also nicht die Vindikation, sondern nur eine actio de dolo anstellen (vergl. l. 18 pr. D. de dolo malo 4, 3).

**) Ganz im Sinne dieser Erörterungen wurde im bern. Einführungsgesetz Satz 409 C. („der Eigenthümer hat das Recht, jeden Inhaber seiner Sache zur Auslieferung derselben anzuhalten") reproduzirt, mit einer Verweisung auf Art. 205 ff. O.-R., ebenso die Satzungen über den Fund; nur harmonirt nun hier die zehnjährige Ersitzungsfrist nicht mit der fünfjährigen Vindikationsfrist des Verlierers.

Anm. d. Red.

Digitized by Google

Zur Lehre von der Collision und der Wandelbarkeit der ehel. Güterrechte, vom Beweise zugebrachten Frauenguts und von Schenkungen unter Ehegatten *).

Urtheil des Bezirksgerichts Luzern vom 7. Juli 1880.

In Civilstreitsachen der Wittwe Mathilde Barth, geb. Grimm, Luzern, mit Vollmacht vertreten durch Herrn Fürsprech L. Gurdi in Luzern, Klägerin, gegen Louis Reidhaar, stud. med. in Basel, vertreten durch Herrn Fürsprech Dr. Weibel in Luzern, Beklagter,

über die Rechtsfrage:

Ist die klägerische Forderung von 35,000 Silberrubel à Fr. 3. 50 per Rubel gerichtlich zu beschützen, zinsbar zu 5 % seit 2. September 1877,

oder:

1. Ist Klägerin mit ihrer Klage gänzlich abzuweisen?

2. Eventuell: Hat der Klägerin nur die Hälfte des Nachlasses, nach Abzug der Schulden und von 12,000 Rubel, resp. 42,000 Franken, vorehelichem Vermögen des Erblassers, für diese Obligation und für ihr gesammtes prätendirtes Erbrecht an K. L. Barth sel. zuzukommen,

oder nicht?

Das Eine oder Andere in wie weit?

Das Gericht hat, nachdem sich ergeben:

1. Am 2. September 1877 verstarb in Luzern, wohin er seit 1875 von St. Petersburg seinen Wohnsitz verlegt, Karl Ludwig Barth, von Matzingen, Kt. Thurgau, mit Hinterlassung einer Wittwe, Mathilde, geb. Grimm, die er im Jahr 1846 in St. Petersburg gehelicht hatte.

Kinder überleben ihn aus dieser Ehe nicht, ebensowenig die aus zwei frühern Ehen ihm gebornen Töchter. Dagegen überlebte

*) Das nachstehende Urtheil des Bezirksgerichts Luzern, welches in Rechtskraft übergegangen ist, verdient besonderes Interesse wegen der Mannigfaltigkeit der in demselben erörterten Rechtsfragen.

Vergl. das über den fragl. Rechtsfall von Prof. Dr. P. F. v. Wyß abgegebene Gutachten in „Zeitschr. f. schweiz. Recht", Bd. XXII., S. 41—100. Red.

Digitized by Google

ihn, von seiner Tochter erster Ehe, Louise, verehelichten Reidhaar, geb. 1832, gestorben 1873 in Basel, ein Enkel, Louis Reidhaar, wohnhaft in Basel.

Die Wittwe, Mathilde Barth geb. Grimm, macht nun an den Nachlaß ihres Ehemannes eine Forderung geltend im Betrage von 35,000 Silberrubel, den Rubel zu Fr. 3. 50 berechnet. Sie stützt ihre Fordrrung auf eine Urkunde, deren Inhalt laut beglaubigter Abschrift folgender ist:

Schuldbekenntniß.

Gemäß der mir durch das Gesetz auferlegten Verpflichtung bekenne ich Endesunterzeichneter, Karl Ludwig Barth, als Ehemann der Mathilde geb. Grimm, beide derzeit wohnhaft in Luzern, daß ich meiner genannten Ehefrau Mathilde geb. Grimm als ihr gebührendes Frauengut mit heute schuldig geworden bin die Summe von 35,000 Silberrubeln, der Rubel zu Fr. 3. 50 Rp. berechnet. Diese Summe, welche, gemäß der mir zustehenden ehelichen Vormundschaft, für die Dauer der Ehe in meiner Verwaltung und Nutznießung steht, soll, gemäß den gesetzlichen Bestimmungen, bei dereinstiger Auflösung der Ehe durch den Tod, als ein auf meinem Nachlaß ruhendes, privilegirtes Passivum vorab und in erster Linie ausbezahlt und von eben diesem Zeitpunkte an meiner Frau als der rechtmäßigen Kreditorin zu 5 % zinsbar werden.

Zu Urkund dessen habe ich dieses Schuldbekenntniß heute errichtet und eigenhändig unterzeichnet.

Zürich, den 18. Mai 1876.

sig. Karl Ludwig Barth.

Der Enkel des Erblassers, Louis Reidhaar, als alleiniger Intestaterbe, bestritt diese Forderung, da die Klägerin keinerlei Vermögen in ihre Ehe gebracht habe und obige Urkunde eine nach luzernischem, eventuell thurgauischem Rechte, unzulässige Disposition auf den Todesfall verdecke.

Obwohl die Klägerin das Erbrecht des Beklagten, dessen Existenz ihr vom Erblasser beharrlich verheimlicht worden, war (in einem andern Prozesse), prinzipiell bestritt, so anerkannte sie doch eventuell für den gegenwärtigen Prozeß dessen Passivlegitimation ohne Präjudiz für den andern Rechtsstreit. Behufs Nachweises der Realität obiger Urkunde beruft sich die Klägerin auf Vorgänge, die in Petersburg, wo die Eheleute vor und seit ihrer (im Jahr 1846 stattgefundenen) Verehelichung bis zum Jahr 1875 ihr Domizil hatten, die Frau als Inhaberin eigenen Vermögens erscheinen ließen, als:

Digitized by Google

1. Auf die notarialisch beurkundete Thatsache, daß sie am 2. Dezember 1871 auf ihren Namen in Petersburg ein Grundstück kaufte;

2. auf die durch rogatorische Zeugeneinvernahme bekundete Wahrnehmung mehrerer zum dortigen Bekanntenkreise der Familie Barth gehöriger Personen, daß die Frau als Eigenthümerin des von den Eheleuten zuletzt bewohnten Hauses galt, welches auf dem von ihr gekauften Grundstück erbaut wurde;

3. auf die notarialisch beurkundete Thatsache, daß sie am 19. April 1875 auf ihren Namen das Wohnhaus um 30,000 Silberrubel verkaufte;

4. auf die von einigen Zeugen bekundete Thatsache, daß sie auf ihren Namen die im Hause befindliche Fahrhabe verkaufte.

Diesem Beweismaterial der Klägerin gegenüber produzirt Beklagter, um die Vermögenslosigkeit der Klägerin nachzuweisen:

1. Auszüge aus den Protokollen des Bürgerrathsschreibers der Gemeinde Burgdorf, früherer Heimathsgemeinde der Klägerin, wonach im Januar 1864 ihr Vater in gänzlich vermögenslosem Zustande starb, der einzige ihre Verehelichung überlebende Bruder von seiner Frau beerbt wurde und sie selbst in den Jahren 1843 und 1844 von der Gemeinde Unterstützungen im Betrage von Fr. 1142. 85 Rp. bezog, welche Summe durch ihren Ehemann, den Erblasser, am 14. Juni 1856 zurückvergütet wurde;

2. beglaubigte Kopie des von der Klägerin mit dem Erblasser unterm 5. November 1846 in Petersburg abgeschlossenen Ehevertrages, worin letzterer erklärt, selbst keinerlei präsentes Vermögen, sondern nur ein noch zu verdienendes kontraktliches Guthaben von 12,000 Silberrubeln zu besitzen. Seine Frau soll an seinem Erwerb und Verdienst allen und jeden vollen Antheil haben und nach seinem Tode die Hälfte des gesammten Vermögens erhalten. Vermögen der Klägerin wird nicht erwähnt. Endlich deferirte Beklagter der Klägerin den Eid über die Sätze:

Es sei nicht wahr, daß sie:

a) ihrem Ehemanne kein Vermögen in die Ehe gebracht habe;
b) auch während der Ehe kein Vermögen, jedenfalls nicht Fr. 1000 ererbt habe,

welche Eidesdelation Klägerin als unzulässig bestritt. Das Bezirksgericht erklärte jedoch das betreffende Beweisthema als irrelevant und erkannte unterm 13. März 1880 gegen die Zulassung des Eides; —

In Erwägung gezogen was folgt:

1. Mit vorliegender Klage wird die Herausgabe eines angeblich der Klägerin gehörigen Frauenvermögens von 35,000 Silber-

Digitized by Google

ihn, von seiner Tochter erster Ehe, Louise, verehelichten Reidhaar, geb. 1832, gestorben 1873 in Basel, ein Enkel, Louis Reidhaar, wohnhaft in Basel.

Die Wittwe, Mathilde Barth geb. Grimm, macht nun an den Nachlaß ihres Ehemannes eine Forderung geltend im Betrage von 35,000 Silberrubel, den Rubel zu Fr. 3. 50 berechnet. Sie stützt ihre Forderung auf eine Urkunde, deren Inhalt laut beglaubigter Abschrift folgender ist:

Schuldbekenntniß.

Gemäß der mir durch das Gesetz auferlegten Verpflichtung bekenne ich Endesunterzeichneter, Karl Ludwig Barth, als Ehemann der Mathilde geb. Grimm, beide derzeit wohnhaft in Luzern, daß ich meiner genannten Ehefrau Mathilde geb. Grimm als ihr gebührendes Frauengut mit heute schuldig geworden bin die Summe von 35,000 Silberrubeln, der Rubel zu Fr. 3. 50 Rp. berechnet. Diese Summe, welche, gemäß der mir zustehenden ehelichen Vormundschaft, für die Dauer der Ehe in meiner Verwaltung und Nutznießung steht, soll, gemäß den gesetzlichen Bestimmungen, bei dereinstiger Auflösung der Ehe durch den Tod, als ein auf meinem Nachlaß ruhendes, privilegirtes Passivum vorab und in erster Linie ausbezahlt und von eben diesem Zeitpunkte an meiner Frau als der rechtmäßigen Kreditorin zu 5 % zinsbar werden.

Zu Urkund dessen habe ich dieses Schuldbekenntniß heute errichtet und eigenhändig unterzeichnet.

Zürich, den 18. Mai 1876.

sig. Karl Ludwig Barth.

Der Enkel des Erblassers, Louis Reidhaar, als alleiniger Intestaterbe, bestritt diese Forderung, da die Klägerin keinerlei Vermögen in ihre Ehe gebracht habe und obige Urkunde eine nach luzernischem, eventuell thurgauischem Rechte, unzulässige Disposition auf den Todesfall verdecke.

Obwohl die Klägerin das Erbrecht des Beklagten, dessen Existenz ihr vom Erblasser beharrlich verheimlicht worden, war (in einem andern Prozesse), prinzipiell bestritt, so anerkannte sie doch eventuell für den gegenwärtigen Prozeß dessen Passivlegitimation ohne Präjudiz für den andern Rechtsstreit. Behufs Nachweises der Realität obiger Urkunde beruft sich die Klägerin auf Vorgänge, die in Petersburg, wo die Eheleute vor und seit ihrer (im Jahr 1846 stattgefundenen) Verehelichung bis zum Jahr 1875 ihr Domizil hatten, die Frau als Inhaberin eigenen Vermögens erscheinen ließen, als:

Digitized by Google

1. Auf die notarialisch beurkundete Thatsache, daß sie am 2. Dezember 1871 auf ihren Namen in Petersburg ein Grundstück kaufte;

2. auf die durch rogatorische Zeugeneinvernahme bekundete Wahrnehmung mehrerer zum dortigen Bekanntenkreise der Familie Barth gehöriger Personen, daß die Frau als Eigenthümerin des von den Eheleuten zuletzt bewohnten Hauses galt, welches auf dem von ihr gekauften Grundstück erbaut wurde;

3. auf die notarialisch beurkundete Thatsache, daß sie am 19. April 1875 auf ihren Namen das Wohnhaus um 30,000 Silberrubel verkaufte;

4. auf die von einigen Zeugen bekundete Thatsache, daß sie auf ihren Namen die im Hause befindliche Fahrhabe verkaufte.

Diesem Beweismaterial der Klägerin gegenüber produzirt Beklagter, um die Vermögenslosigkeit der Klägerin nachzuweisen:

1. Auszüge aus den Protokollen des Bürgerrathsschreibers der Gemeinde Burgdorf, früherer Heimathsgemeinde der Klägerin, wonach im Januar 1864 ihr Vater in gänzlich vermögenslosem Zustande starb, der einzige ihre Verehelichung überlebende Bruder von seiner Frau beerbt wurde und sie selbst in den Jahren 1843 und 1844 von der Gemeinde Unterstützungen im Betrage von Fr. 1142. 85 Rp. bezog, welche Summe durch ihren Ehemann, den Erblasser, am 14. Juni 1856 zurückvergütet wurde;

2. beglaubigte Kopie des von der Klägerin mit dem Erblasser unterm 5. November 1846 in Petersburg abgeschlossenen Ehevertrages, worin letzterer erklärt, selbst keinerlei präsentes Vermögen, sondern nur ein noch zu verdienendes kontraktliches Guthaben von 12,000 Silberrubeln zu besitzen. Seine Frau soll an seinem Erwerb und Verdienst allen und jeden vollen Antheil haben und nach seinem Tode die Hälfte des gesammten Vermögens erhalten. Vermögen der Klägerin wird nicht erwähnt. Endlich deferirte Beklagter der Klägerin den Eid über die Sätze:

Es sei nicht wahr, daß sie:

a) ihrem Ehemanne kein Vermögen in die Ehe gebracht habe;

b) auch während der Ehe kein Vermögen, jedenfalls nicht Fr. 1000 ererbt habe,

welche Eidesdelation Klägerin als unzulässig bestritt. Das Bezirksgericht erklärte jedoch das betreffende Beweisthema als irrelevant und erkannte unterm 13. März 1880 gegen die Zulassung des Eides; —

In Erwägung gezogen was folgt:

1. Mit vorliegender Klage wird die Herausgabe eines angeblich der Klägerin gehörigen Frauenvermögens von 35,000 Silber-

Digitized by Google

rubel sammt Zinsen seit 2. September 1877 verlangt. Die Statthaftigkeit dieser Forderung setzt nun unzweifelhaft eine bestimmte Art des ehelichen Güterverhältnisses voraus, indem dieselbe offenbar nur da denkbar ist, wo beim Tode des Ehemannes der überlebenden Frau ihr Eingebrachtes als solches zurückfällt und nicht etwa in der Gesammtmasse des ehelichen Vermögens verschwindet. Die formelle und materielle Rechtsgültigkeit des quäst. Schuldbekenntnisses vom 18. Mai 1876 läßt sich daher unmöglich allein aus dem Wortlaut des betreffenden Aktes beurtheilen, sondern es ist dasselbe vom Richter, auf Grund des zwischen den Eheleuten Barth begründeten ehelichen Güterrechts, auf seine Rechtsverbindlichkeit zu prüfen.

Es fragt sich daher in erster Linie, welches Gesetz ist für die ehelichen Güterverhältnisse der Eheleute Barth maßgebend?

Hier unterliegt es nun vorab keinem Zweifel, daß die Eheleute Barth ursprünglich unter dem ehelichen Güterrecht des Kts. Thurgau, ihres Heimathkantons, standen. Daneben könnte bloß das Recht ihres ersten ehelichen Domizils, also das in St. Petersburg geltende, russische Recht in Frage kommen. Allein die Geltung dieser letztern Gesetzgebung ist von keiner Seite behauptet worden und es galt ohnehin im Kt. Thurgau zur Zeit des Eheschlusses im Jahre 1846 noch entschieden das Heimathsprinzip, demzufolge auch die im Ausland domizilirten Thurgauer in Hinsicht auf ihre persönlichen, Familien- und Erbrechtsverhältnisse dem Heimatrecht unterstellt waren. In der Folge nun hat die thurgauische Gesetzgebung das sog. Heimathsprinzip in Hinsicht auf das ehel. Güterrecht ausdrücklich verlassen und ist nun zum sog. Territorialitätsprinzip übergegangen. Dieser Wandel der thurgauischen Gesetzgebung schließt nun aber die Anwendbarkeit thurgauischen Rechtes auf die ehelichen Güterverhältnisse auswärts wohnender Thurgauer keineswegs aus. Nach dem bekannten Axiom, wornach im Zweifel neue Zivilgesetze keine rückwirkende Kraft haben, d. h. ihren Einfluß nicht auf vergangene Thatsachen erstrecken, müßte eine gegentheilige Willensmeinung vom Gesetzgeber ausdrücklich erklärt sein. Dies ist nun aber nicht nur nicht der Fall, sondern es erklären die neuen Gesetze lediglich, daß das thurgauische Recht fortan die Güterverhältnisse der Kantonseinwohner ausschließlich beherrschen solle. Unter diesen Umständen blieben die Eheleute Barth trotz des Wandels der Thurgauer Gesetzgebung fortan, solange sie in St. Petersburg wohnten, dem früheren ehelichen Güterrechte des Kts. Thurgau unterworfen. Eine weitere Frage ist nun freilich die:

Digitized by Google

Wurde durch die im Jahre 1875 stattgefundene Verlegung des Wohnsitzes der Eheleute Barth in den Kt. Luzern ein Wechsel in ihrem ehelichen Güterrecht begründet? Diese Frage muß nun sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als auch auf Grund der luzernerischen Gesetzgebung verneint werden. Die heutzutage in der Doktrin herrschende Meinung geht nämlich dahin, daß die Vermögensrechte der Ehegatten durch den Wechsel des ehelichen Wohnsitzes keinerlei Aenderung erfahren. Es handelt sich nämlich hier um eine die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit betreffende Frage und für diese ist, wenn die Ehegatten darüber bei Eingehung der Ehe nichts bestimmt haben, offenbar anzunehmen, daß sie als das ihre ganzen vermögensrechtlichen Beziehungen umfassende Recht das des Wohnortes des Mannes, in concreto aber, wo letzteres ausgeschlossen ist, dasjenige des Heimathortes haben ergänzend eintreten lassen wollen. Diese Absicht ist als ein stillschweigender Vertrag anzusehen, den daher der Mann durch späteren Wechsel des Wohnortes nicht willkürlich ändern kann. — Auch die positiven Rechtssätze des luzernerischen b. G. B. widersprechen diesem Grundsatz der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts nicht. Hier kommt speziell § 27 des b. G. B. in Betracht, welcher dahin lautet:

„Wenn Fremde mit Fremden außer dem Kanton Rechts-
„geschäfte vornehmen, so sind sie (d. h. die Rechtsgeschäfte)
„nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen
„wurde, zu beurtheilen, sofern bei der Abschließung nicht ein
„anderes Recht zu Grunde gelegt worden ist."

Da sich nun der Eheschluß rücksichtlich seiner vermögensrechtlichen Wirkungen juristisch als „Rechtsgeschäft" qualifizirt, so ist für die vermögensrechtlichen Wirkungen einer von Kantonsfremden außerhalb des Kantons eingegangenen Ehe das einmal begründete Recht als definitiv maßgebend auch in Luzern anzuerkennen.

Die Frage bezüglich der in concreto zur Anwendung zu bringenden Gesetzgebung resümirt sich demnach dahin: es hätten die Eheleute Barth bis zur Trennung ihrer Ehe durch den Tod des Mannes unter dem gesetzlichen Güterrecht des Kts. Thurgau, wie dasselbe zur Zeit der Eingehung ihrer Ehe bestanden, gelebt. Weder die Aenderung der thurgauischen Gesetzgebung, die das Heimathsprinzip verließ und an dessen Stelle das Territorialitätsprinzip setzte, noch der Wechsel des Wohnsitzes vermochte das einmal zwischen den Ehegatten constituirte Güterrechtsverhältniß zu ändern. Beide Ehegatten haben nämlich ein wohlerworbenes Recht auf den unveränderten Fortbestand ihrer unmittelbar durch den Eheschluß einmal in Rechtskraft erwachsenen ehelichen Güter-

Digitized by Google

verhältnisse und dürfen dieselben nicht bei jedem Wechsel des Wohnsitzes noch jeder Abänderung des Gesetzes einer Veränderung ausgesetzt werden. Aus dem Akte vom 5. Nov. 1846, ganz abgesehen von dessen juristischer Qualifikation als Testament oder Ehevertrag, ergibt sich, daß die Verlobten sich dem gesetzlichen Rechte der Heimat unterwerfen wollten, und daß sie dessen Grundsätze vor Augen hatten und mit Bewußtsein denselben sich unterzogen.

2. Es ist daher die materielle Rechtsgültigkeit des quäst. Schuldbekenntnisses vom 18. Mai 1876 unbedingt nach der thurgauischen Gesetzgebung zu beurtheilen. Was die formelle Gültigkeit des questl. Aktes dagegen anbetrifft, so fragt es sich: Ist gemäß § 6, Abs. 3 des b. G. B. die Gesetzgebung des Kts. Zürich als des Errichtungsortes oder diejenige des Kts. Luzern, wo der Prozeß geführt wird, maßgebend.

§ 182, Abs. 2—4 b. G. B. des Kts. Luzern enthält die Vorschriften, die sich auf den Weibergutsempfangschein, das schriftliche Geständniß des Ehemannes über erhaltenes Frauenvermögen beziehen. Speziell Abs. 4 sagt, daß der Ehemann für Vermögen, das ihm seine Frau auf anderem Wege (als durch Vermittlung des Gemeinderaths) zubringt, einen spezifizirten Empfangschein auszustellen hat, welcher Ursprung, Herkunft und Werth der zugebrachten Vermögensstücke angibt, vom Gemeinderath zu unterzeichnen und in der Depositalkasse aufzubewahren ist. Allein die rechtliche Bedeutung dieses Empfangscheines ist im Gesetze nicht angegeben und es ist daher nicht anzunehmen, daß die Herstellung streitiger Weibergutsansprachen schlechthin von der Beobachtung des vorgeschriebenen Empfangscheines abhängig sei. Die den Vorschriften des § 182 des b. G. B. entsprechend abgefaßten Empfangscheine sind jedenfalls beweiskräftig, es wird dadurch eine Sicherheit für die Frau bistimmt, aber nicht eine wesentliche Formvorschrift statuirt. Vielmehr ist anzunehmen, das Luzerner b. G. B. bestimme für Weibergutsempfangscheine grundsätzlich keine bestimmte Form und stimme in dieser Beziehung bezüglich der Formlosigkeit mit dem Zürchergesetz überein. Bei dieser Sachlage hat bei der Uebereinstimmung des Luzerner- und Zürchergesetzes der Richter nicht weiter zu untersuchen ob in concreto die Verlegung des Errichtungsortes lediglich in fraudem legis, bloß zur Umgehung des luzernischeu Gesetzes vorgenommen worden sei.

Der vom Beklagten angerufene § 592 des b. G. B. bezieht sich endlich, wie der ganze Zusammenhang zeigt, nur auf solche Privaturkunden, welche das bestrittene Geständniß eines empfan-

Digitized by Google

genen Darlehens gegen den Schuldner beweisen sollen, wovon in unserm Falle gar nicht die Rede sein kann. Singuläre Ausnahmsbestimmungen dürfen aber nicht per analogiam ausgedehnt werden. Die formelle Gültigkeit des quest. Schuldbekenntnisses vom 18. Mai 1876 kann daher mit Erfolg nicht angefochten werden.

3 Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die vorliegend in Abgang spezieller gesetzlicher Bestimmung zur Anwendung zu bringen sind, fällt das quest. Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 unter den juristischen Begriff des außergerichtlichen Geständnisses und speziell des Anerkennungsvertrages. Hier gilt nun die bekannte Grundregel des gemeinen Rechts, wonach außergerichtliche Geständnisse gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger beweiskräftig sind, sobald der animus confitendi vorliegt. Allein dieser Grundsatz muß in Fällen cessiren, wo der Aussteller an der Wahrheit der zugestandenen Thatsache selbst ein Interesse hat, neben welchem der ihm erwachsende Nachtheil zurücktritt oder ganz verschwindet. Von dieser Anschauung ausgehend hat man speziell Geständnisse des Ehemannes über zugebrachtes Frauengut mancherorts mit besonderer Vorsicht behandelt und hat vorliegend der Beklagte den Beweis zu erbringen gesucht, daß das quest. Schuldbekenntniß ein simulirtes gewesen. Er stützt sich dabei auf folgende Momente: Der Erblasser, 16 Jahre älter als seine Ehefrau, habe sich wegen vorgerückten Alters und Kränklichkeit nach Luzern zurückgezogen. Seiner dritten Frau, der Klägerin, habe er die Thatsache seiner ersten Ehe und die Existenz von Leibeserben aus derselben beharrlich verschwiegen. Der Beklagte, sein Enkel, wisse vom Großvater gar nichts. Unter diesen Umständen habe der Erblasser den Akt vom 16. Mai 1876 gleichzeitig mit einem ganz ähnlichen Schuldbekenntnisse zu Gunsten seiner Schwägerin, der Klägerin Schwester, ausgestellt. Die Summe, deren Empfang er seiner Frau bescheinigt, sei endlich so groß, daß sie einen bedeutenden Theil des liquiden Nachlasses, wenn nicht den ganzen, absorbire. Die Ausstellung des Scheines sei auch nicht am ordentlichen Wohnsitz der Eheleute, in Luzern, sondern in Zürich, wo — im Gegensatz zu den meisten Kantonen — das Gesetz keinerlei Förmlichkeiten für den Weibergutsempfangschein vorschreibe, geschehen. Fünfzehn Monate endlich nach Errichtung des Scheines sei der Erblasser, im Alter von 67 Jahren, gestorben und einzig für diesen Todesfall sei auch die Fälligkeit der anerkannten Summe vorgesehen, während eine ordentliche Weibergutsforderung ebenso beim Tode der Frau (zu Gunsten ihrer Erben), und in Folge anderer Umstände, z. B. Scheidung, Konkurs ꝛc. fällig werde.

Digitized by Google

Aus diesen angeführten Umständen ergibt sich nun für den Richter allerdings eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß mit Ausstellung und Uebergabe des Scheines etwas anderes habe erreicht werden wollen, als die formelle Sicherung des Beweises reeller Thatsachen, nämlich eben eine, in Voraussicht des Vorabsterbens getroffene, ungesetzliche Zuwendung an die Klägerin zum Nachtheil der verheimlichten Notherben.

4. Allein auch vom Standpunkt des Anerkennungsvertrages, ganz abgesehen davon, ob der vom Beklagten unternommene Beweis der Simulation als gelungen zu betrachten sei, vermag das Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 einen rechtsgenüglichen Beweis nicht zu liefern.

Aus den Worten der Erlärung: „Mit heute bin ich meiner Ehefrau als ihr gebührendes Frauengut schuldig geworden die Summe von 35,000 S. R." kann die der Klägerin günstigste Interpretation nicht mehr als die Anerkennung der Thatsache herauslesen, daß heute (i. e. am 18. Mai 1876), der Erblasser von der Klägerin die Summe von 35,000 S. R. zu ehevögtlicher Verwaltung und Nutznießuug erhalten habe. Es frägt sich nun, ist, die Wahrheit dieser Thatsache angenommen, dieselbe geeignet, die klägerische Forderung zu begründen?

Die hier maßgebenden Grundsätze des thurgauischen Privatrechts sind nun folgende: Nach § 90 des Personen- und Familienrechts gehört alles Gut, das die Frau in die Ehe bringt, sei es zu Anfang oder während der Dauer derselben, zum ehelichen Gemeingut, über welches dem Manne das unbedingte Dispositionsrecht zusteht. Es ist also nach thurgauischem Recht total unmöglich, daß schon bei Eingehung der Ehe vorhandenes Frauenvermögen erst 30 Jahre nachher in die Verfügungsgewalt des Mannes gelangt sei. Das im questl. Schuldbekenntniß besprochene Vermögen, von dem eben anzunehmen ist, daß es am 18. Mai 1876 dem Erblasser ausgehändigt worden, müßte daher während der Ehe von der Klägerin erworben worden sein.

Aber auch hier bestimmt das thurg. Recht ganz speziell und genau, welcherlei in der Ehe gemachter Erwerb der Ehefrau als Eingebrachtes anzuerkennen und als solches bei Auflösung der Ehe zu erstatten sei. Nach dem hier maßgebenden § 98 des thurg. Familienrechts ist nämlich bloß dasjenige Vermögen, welches die Ehefrau bei Eingehung der Ehe besessen oder nachher durch gesetzliche Erbfolge, Testament oder Schenkung erworben, als eingebrachtes Vermögen derselben anzuerkennen. Schenkungen an einen Ehegatten gehören nur hieher, wenn sich aus dem Schenkungsakt

Digitized by Google

zur Evidenz ergibt, daß sie persönliche Schenkungen an einen der Ehegatten waren. Die Klägerin hat also, nachdem mit Rücksicht auf den Wortlaut des quest. Schuldbekenntnisses keine Rede davon sein kann, daß die in demselben genannte Summe schon bei Eingehung der Ehe von ihr besessen worden, ihre Klage bloß auf drei Erwerbsthatsachen, Erbgang, Testament, oder ausdrücklich ihrer Person zugedachte Schenkung zu gründen. Das quest. Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 enthält nun aber keine dieser drei Erwerbsthatsachen angegeben: Die Bezeichnung „ihr gebührendes Frauengut" ist zu unbestimmt und gründet sich eben nicht auf einen bestimmten Thatbestand wie ihn das Gesetz verlangt. Eine gesetzliche Vermuthung für die vom Gesetze geforderte Herkunft des Vermögens besteht aber nicht: im Gegentheil die gesetzliche Vermuthung ist dagegen und besteht für eheliche Errungenschaft. Die Consequenz hievon ist, daß wenn man das Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 auch als Anerkennungsvertrag behandelt und Alles Thatsächliche, was der Erblasser hier anerkennt, als wahr annimmt, gleichwohl das Fundament der Klage nicht bewiesen wurde. Klägerin hat eben nur bewiesen, daß der Erblasser unterm 18. Mai 1876 von ihr (der Klägerin), die Summe von 35,000 S. R. zu ehevögtlicher Verwaltung und Nutznießung erhalten habe, keineswegs aber, daß die betreffende Summe ihr durch Erbgang, Testament oder persönliche Schenkung angefallen sei, während doch vorliegend, wo es sich nicht um bei Eingehung der Ehe vorhandenes Frauenvermögen handelt, lediglich die drei letztgenannten Erwerbsthatsachen den Klageanspruch zu begründen vermögen.

5. Es frägt sich nun weiter, ob, nachdem Klägerin durch das Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 ihren Klageanspruch nicht zu begründen vermochte, sie diesen Zweck durch andere Beweismittel erreichte. Das Beweisthema ist auch hier das gleiche. Es müßte die Klägerin beweisen, daß sie entweder den streitigen Betrag von 35,000 S. R. schon vor Eingehung ihrer Ehe mit dem Erblasser besessen oder daß ihr derselbe während der Ehe durch gesetzliche Erbfolge, Testament oder persönliche Schenkung von dritter Seite angefallen sei. Auch hier ist der Klägerin ein bezüglicher Beweis nicht gelungen. Das Resultat der ganzen Beweisführung ist nämlich folgendes: daß die Klägerin im Jahr 1871 auf ihren Namen eine Liegenschaft gekauft, daß sie bei den Freunden der Familie als Eigenthümerin des auf diesem Grundstück erbauten Hauses und des darin befindlichen Mobiliars gegolten, daß sie im Jahre 1875 Grundstück, Haus und Mobiliar auf ihren Namen wieder verkauft, und daß der

Digitized by Google

Erblasser den Erlös des unbeweglichen Verkaufsobjektes sofort zu Handen genommen hat.

Allein auch hier fehlt der Nachweis der im Gesetz vorgesehenen Erwerbstitel. Die Klägerin stellt nämlich nicht einmal die Behauptung auf, daß sie die questl. Geldmittel schon vor der Ehe besessen oder während derselben erbrechtlich oder schenkweise von dritter Seite erworben habe. Und doch kommt es gerade auf den Nachweis einer dieser drei Erwerbstitel an und vermag die bloße Thatsache, daß die Klägerin in Petersburg thatsächlich Vermögen für sich besessen, den Mangel der diesbezüglichen Beweisführung nicht zu ersetzen. Alles im Besitze eines Ehegatten befindliche Gut gilt nämlich nach den Grundsätzen des thurgauischen Familienrechts, wenn es nicht als eingebrachtes Gut des einen oder andern Gatten speziell nachgewiesen wird, rechtlich als eheliche Errungenschaft, welche nach thurgauischem Recht den Ehegatten gemeinschaftlich gehört und bei Auflösung der Ehe unter dieselben zu gleichen Hälften vertheilt wird.

6. Die vorstehenden Ausführungen lassen sich demnach dahin resümiren: das formell mit Erfolg nicht zu bemängelnde Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 ist in materiell rechtlicher Hinsicht nach den Grundsätzen des ehelichen Güterrechts des Kts. Thurgau zu beurtheilen. Allein wenn auch alle im questl. Akte anerkannten thatsächlichen Momente als erwiesen angenommen werden, so vermögen dieselben gleichwohl nach den im thurgauischen Rechte geltenden Rechtsgrundsätzen das Klagefundament nicht zu begründen, indem eben nur das vor der Ehe schon besessene oder während derselben erbrechtlich oder schenkweise von dritter Seite erworbene Vermögen als Sondergut eines Ehegatten beansprucht werden kann. Alles andere, wenn auch im speziellen Besitze eines Ehegatten stehende Vermögen, ist, wenn es sich nicht auf einen der drei genannten Erwerbstitel stützen kann, nach thurg. Recht als eheliche Errungenschaft zu betrachten und gehört als solche den Ehegatten gemeinschaftlich, um nach Auflösung der Ehe unter dieselben zu gleichen Hälften vertheilt zu werden.

7. Es mag schließlich immerhin darauf hingewiesen werden, daß wenn vorliegender Rechtsstreit nach dem luzernerischen b. G. B. zu entscheiden wäre, das Rechtsverhältniß sich theilweise anders gestalten würde.

In Luzern gilt nämlich nicht wie in Thurgau das System der ehelichen Gütergemeinschaft, sondern dasjenige des „gezweiten Guts" und wird dem Ehemann Besitz und Verwaltung des Frauenguts nur unter Bedingungen zuerkannt. Es wäre nach dem Rechte des Kts. Luzern durchaus nicht unmöglich, daß vor

Digitized by Google

der Ehe schon vorhandenes oder in einem beliebigen spätern Momente angefallenes Frauenvermögen erst am 18. Mai 1876 eingebracht, d. h. dem Ehemann thatsächlich wie rechtlich in Besitz und Verwaltung übergeben worden wäre. Nach luzernerischem Recht handelt es sich nämlich bei Auflösung der Ehe nicht um die Auflösung einer Gütergemeinschaft, welche allen Sonderrechten ein Ende macht. Es darf daher nach den Grundsätzen des Systems vom „gezweiten Gut" ohne Bedenken vermuthet werden, daß Vermögen, welches nach Inhalt des Schuldbekenntnisses vom 18. Mai 1876 von der Frau ihrem Manne übergeben worden wäre, also bis dahin in ihrem Besitz sich befunden hätte, in der That ihr *eigenthümliches* Vermögen sei.

Es läßt sich demnach mit Rücksicht auf die luzern. Gesetzgebung nicht sagen, daß der thatsächliche Inhalt des Bekenntnisses vom 18. Mai 1876 an sich ungenügend wäre, den kläger'schen Anspruch zu fundamentiren, vielmehr wäre es Sache des Beklagten, den Nachweis zu leisten, daß die dem Erblasser am 18. Mai 1876 übergebene Summe nicht Vermögen von dessen Frau sei, sondern sich entweder als *voreheliches* oder *angefallenes* Vermögen des Erblassers oder als *eheliche* Errungenschaft qualifiziere. Diesbezüglich hat nun der Beklagte den Nachweis geleistet, daß die Klägerin kurze Zeit vor Eingehung der Ehe gänzlich vermögenslos war und während derselben von Vater und Geschwister nichts geerbt hat. Damit ist nun aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Klägerin während der Ehe Vermögen angefallen sein könne. Beklagter wollte nun noch durch Delation des Schiedseides an die Klägerin den noch fehlenden Beweis ergänzen, daß letztere weder bei Eingehung der Ehe eigenes Vermögen besessen noch während der Ehe solches ererbt habe. Diese Eidesdelation ist von der Klägerin als unzulässig bestritten und vom Gericht verworfen worden. Sie erscheint wirklich mit Rücksicht darauf, daß eben thurgauisches und nicht Luzerner Recht zur Anwendung kommt, auf jeden Fall irrelevant. Der beklagtische Beweis ist daher aus diesem letztern Grunde überhaupt nicht weiter zu würdigen, indem eben, wie oben ausgeführt wurde, vorliegendes Rechtsverhältniß bei richtiger Anwendung der Grundsätze des intert nationalen Privatrechts nach Thurgauer und nicht Luzerner Rechzu beurtheilen ist. Dabei ist allerdings zuzugeben, daß bei Anwendung des luzernerischen ehelichen Güterrechts auf unsern Fall ein für den Beklagten ungünstiger Ausgang der Eidesdelation die Gutheißung der klägerischen Ansprache herbeiführen müßte.

8. Der Anspruch der Klägerin auf den Nachlaß ihres Ehemannes ist mithin ausschließlich nach den über das eheliche Güter-

Digitized by Google

recht aufgestellten Grundsätzen des thurg. Privatrechts zu beurtheilen. Das von Karl Ludwig Barth unterm 18. Mai 1876 zu Gunsten seiner Ehefrau ausgestellte Schuldbekenntniß ist nun, mag man diesfalls Luzerner oder Zürcher Recht zur Anwendung bringen, formell gültig; in materiell rechtlicher Beziehung wird aber durch dasselbe, ganz abgesehen davon, ob der vom Beklagten versuchte Beweis der Simulation als gelungen zu betrachten ist oder nicht, das Klagefundament nicht beweisen. Es vermochte eben die Klägerin nicht nachzuweisen, daß sie entweder den streitigen Betrag von 35,000 S. R. schon vor Eingehung ihrer Ehe mit dem Erblasser besessen oder daß ihr derselbe während der Ehe durch gesetzliche Erbfolge, Testament oder persönliche Schenkung von dritter Seite angefallen sei. Nur auf diese Weise aber hätte Klägerin auf Grund des thurg. Gesetzes ihre Weibergutsforderung rechtlich begründen können. Ein bezüglicher Nachweis wurde nun diesfalls von der Klägerin weder durch Produktion des Schuldscheins vom 18. Mai 1876, auch wenn man die darin bezeugte Thatsache als wahr annimmt, noch durch ihr übriges Beweismaterial erbracht.

9. Muß daher die klägerische Weibergutsansprache nach Maßgabe des thurg. Rechtes verworfen werden, so bleibt der Klägerin immerhin ihr Anspruch auf die halbe eheliche Errungenschaft. Als eheliche Errungenschaft ist aber der gesammte reine Nachlaß zu betrachten. Der Erblasser brachte laut Ehevertrag nichts in die Ehe, und der von seinem damaligen Arbeitgeber ihm zugesicherte Betrag von 12,000 S. R. war bei Eingehung der Ehe noch kein liquides Vermögen, sondern erst zu verdienen. Die erbrechtlichen Ansprüche der Klägerin sind dagegen, wie in einer frühern Streitsache zwischen den gleichen Parteien entschieden wurde, nach luzernerischem Rechte zu beurtheilen. Der in Frage liegende Anspruch qualifizirt sich jedoch keineswegs als ein erbrechtlicher, sondern ist unmittelbar im Güterverhältnisse der lebenden Ehegatten, in ihrer Gütergemeinschaft gegründet und daher vom thurgauischen Recht (§ 106 des Familienrechts) auch dann bestimmt, wenn die Beerbung des Ehemannes Barth sich nach luzern. Rechte vollziehet. Es erscheint daher prinzipiell das eventuelle Rechtsbegehren der Antwort begründet, immerhin mit der Modifikation, daß die quaestl. 12,000 Rubel, resp. 42,000 Fr., nicht als voreheliches Vermögen des Erblassers voraus abzuziehen, sondern, weil zur Zeit der Eingehung der Ehe noch nicht wirklich erworben, als Bestandtheil der ehelichen Errungenschaft zu behandeln sind;

Zu Recht erkannt und gesprochen:

1. Der Klägerin komme für ihr gesammtes prätendirtes Erbrecht an C. L. Barth sel. die Hälfte des gesammten reinen Nach-

Digitized by Google

lasses zu, und zwar ohne Abzug der quest. 12,000 Rubel, resp. 42,000 Fr. als voreheliches Vermögen des Erblassers. Dagegen sei Klägerin mit ihrer Weibergutsreklamation von 35,000 Silberrubel à Fr. 3. 50 Rp. per Rubel, laut Schuldbekenntniß vom 18. Mai 1876 des gänzlichen abgewiesen*).

Zur Auslegung des eidgen. Obligationenrechts.

Kreisschreiben, Weisungen u. s. w. eidgenössischer und kantonaler Behörden betr. Eintragungen im Handelsregister.

I. Kreisschreiben des Bundesrathes an die Kantonsregierungen vom 13. März 1883.

Es sind hinsichtlich der Vollziehung der Verordnung über die Handelsregister, d. d. 7. Dezember 1882, bei uns mehrere Einfragen gestellt worden, die uns veranlassen, einige Bestimmungen derselben näher zu interpretiren, andere zu ergänzen.

1) Zunächst walten Zweifel betreffend die Eintragung von Versicherungsgesellschaften, die auf dem Grundsatze der Gegenseitigkeit beruhen.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese Versicherungsgesellschaften verpflichtet sind, sich in's Handelsregister eintragen zu lassen; dagegen ist die Frage entstanden, ob sie als Genossenschaft oder als Verein einzutragen seien.

In Uebereinstimmung mit einer Expertenkommission, die wir zur Prüfung der Frage beigezogen haben, finden wir, daß die Versicherungsgesellschaften, welche auf der Gegenseitigkeit beruhen, am geeignetsten als Genossenschaften einregistrirt werden. Das Publikum, welches mit denselben in Verkehr tritt, bedarf näherer Mittheilungen über die Haftbarkeit der Mitglieder der Genossenschaft. Die Bestimmungen, welche die Statuten hierüber enthalten, sind deshalb in's Handelsregister aufzunehmen und im Handelsamtsblatt zu publiziren; enthalten die Statuten hierüber keine oder nicht deutliche Bestimmungen, so ist eine Erklärung über die Haftbarkeit zu verlangen. Wer die Anmeldung zu besorgen hat, kann auch diese Erklärung abgeben.

*) Die übrigen Dispositive beziehen sich auf die Prozeßkosten.

Digitized by Google

In jedem Falle empfiehlt es sich, daß die Registerführer für die Eintragung der gegenseitigen Versicherungsgesellschaften und Genossenschaften jeweilen bei ihrer Aufsichtsbehörde Weisung einholen.

2) Hinsichtlich der Eintragung von Aktiengesellschaften enthält Art 622 O.-R. die Bestimmung, daß die Anmeldung von sämmtlichen Mitgliedern der Verwaltung vor der Registerbehörde unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden müsse.

Es ist nun die Frage entstanden, ob z. B. bei Eisenbahngesellschaften die Direktion oder der Verwaltungsrath als Verwaltung im Sinne des Gesetzes zu betrachten sei.

Wir haben in Uebereinstimmung mit der beigezogenen Expertenkommission die Frage in letzterem Sinne entschieden; indem die Direktion nicht die Befugnisse einer Verwaltung, wie sie das Obligationenrecht im Auge hat, besitzt. Mitgliedern des Verwaltungsrathes, welche entfernt vom Sitze der Gesellschaft wohnen, wird die Erfüllung dieser Vorschrift dadurch erleichtert, daß sie ihre Unterschrift in beglaubigter Form einsenden können.

3) Bei den Agenturen walten Zweifel darüber, ob sich die Agenten als selbständige Kaufleute einzutragen haben, oder ob die Agenturen als Zweigniederlassungen des Geschäftes, welches sie vertreten, einzutragen seien. Das Obligationenrecht enthält hierüber keine nähern Bestimmungen, die den Registerführern als ausreichend dienen könnten; es würde überhaupt schwer halten, solche aufzustellen, die für alle konkreten Fälle genügen würden. Es wird sich demnach empfehlen, daß die Aufsichtsbehörde jeweilen untersucht, ob die sich zur Eintragung anmeldende Agentur als Zweigniederlassung eingetragen werden müsse, oder ob die Eintragung des Agenten als Kaufmann genüge, und sodann dem Registerführer je nach dem Ergebniß der Untersuchung Weisung ertheilt. Dabei wird in Betracht gezogen werden müssen, ob die Agentur nur eine beschränkte Vollmacht zur Vertretung in einzelnen Beziehungen, z. B. zur Vermittlung des Abschlusses von Verträgen u. dgl., oder ob sie Generalvollmacht vom Hauptgeschäft besitzt; im letzteren Falle ist sie als Zweigniederlassung einzutragen.

Wenn sich in einem konkreten Falle Anstände ergeben sollten, so entscheidet gemäß Art. 3 der zitirten Verordnung der Bundesrath.

Was speziell die Agenturen von auswärtigen Geschäften betrifft, so sind dieselbeu nach den nämlichen Grundsätzen berechtigt uud verpflichtet, sich in's Handelsregister eintragen zu lassen. Es liegt im Interesse des Publikums, über ihre rechtlichen

Digitized by Google

Verhältnisse durch die Publikation der Eintragung unterrichtet zu sein.

Handelt es sich um eine Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, so ist ein Ausweis beizufügen, daß sie im Auslande, am Orte ihrer Hauptniederlassung, gesetzlich organisirt sei, und es ist dies im Handelsregister vorzumerken und im Handelsamtsblatt zu publiziren.

Hinsichtlich der Form der Einregistrirung sind die bestehenden eidgenössischen Vorschriften maßgebend.

4) Es ist die Frage gestellt worden, ob auch Institute mit kaufmännischem Betrieb, welche auf Rechnung öffentlicher Gemeinwesen (Staat, Bezirk, Gemeinden) betrieben werden, eintragspflichtig seien. Wir haben dieselbe entschieden, wie folgt:

Wenn ein derartiges Institut, z. B. Staatsinstitut, ein eigenes, ihm vom Staate zugeschiedenes Kapital besitzt, und von der übrigen Staatsverwaltung losgetrennt ist, so besteht allerdigs die Pflicht der Eintragung in's Handelsregister, selbst wenn die Staatsbehörde das Aufsichtsrecht sich vorbehalten hat; wenn dagegen ein solches Institut mit der Staatsverwaltung unmittelbar verbunden ist und kein besonderes, ihm zugeschiedenes Betriebskapital besitzt, so ist dasselbe nicht pflichtig, sich eintragen zu lassen.

5) Für die Eintragung von Filialen haben wir Formulare aufgestellt und dieselben in Nr. 30 des Handelsamtsblattes v. 3. l. M. publizirt. Die Anmeldung der Filialen von Aktiengesellschaften zur Eintragung geschieht durch den Geschäftsführer (Art. 624 O.-R.) und ist von ihm zu unterzeichnen; er hat sich beim Registerführer darüber auszuweisen, daß er zum Geschäftsführer bestellt und somit zur Anmeldung berechtigt ist.

6) Gemäß Art. 30 der zitirten Verordnung sind für die Eintragung von Bevollmächtigungen Fr. 5 zu entrichten. Wenn nun in einer Anmeldung gleichzeitig verschiedene Personen angegeben werden, welche die Unterschrift führen, so ist für jede, mit Ausnahme indessen derjenigen der Organe einer Gesellschaft oder eines Vereins (Präsident ꝛc.) jene Gebühr zu entrichten. Der zitirte Artikel 30 hat uns zu einer Abänderung desselben betreffend die Gebühren für Eintragung von Genossenschaften und zu einer Ergänzung betreffend die Gebühren für Eintragung von Instituten mit kaufmännischem Betrieb, welche auf Rechnung von öffentlichen Gemeinwesen (Staat, Bezirk, Gemeinden), betrieben werden, sodann betreffend die Eintragung von Zweiggeschäften, endlich betreffend die Löschungen, welche von Amtes wegen vorgenommen werden, veranlaßt.

Digitized by Google

II. Kreisschreiben des Bundesrathes an die Kantonsregierungen vom 29. Mai 1883.

Seit unserem Kreisschreiben vom 13. März a. c. sind hinsichtlich der Eintragung in's Handelsregister mehrere neue Fragen gestellt worden, die uns zu nachstehender Weisung veranlassen.

1) Im zitirten Kreisschreiben ist gesagt, daß, wenn in einer Anmeldung für die Eintragung in's Handelsregister gleichzeitig verschiedene Personen angegeben werden, welche die Unterschrift führen, für jede, mit Ausnahme indessen der Organe einer Gesellschaft (Präsident ꝛc.), die Gebühr von Fr. 5 zu entrichten sei.

Es ist nun die Frage gestellt worden, ob

a. Antheilhaber von Kollektivgesellschaften,
b. Kommanditäre und
c. Mitglieder des Verwaltungsrathes einer anonymen Gesellschaft, welche für diese zeichnen,

als Organe betrachtet werden können oder nicht.

Was zunächst die Antheilhaber der Kollektivgesellschaften betrifft, so steht die Geschäftsführung jedem derselben zu, es sei denn, daß durch Vertrag oder Beschluß dieselbe einem oder mehreren Antheilhabern oder Dritten ausschließlich übertragen ist. Enthält das Handelsregister keine entgegenstehende Bestimmnng, so ist man zu der Annahme berechtigt; es sei jeder einzelne Antheilhaber zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt. Im Falle vereinbart ist, daß nur einer oder einige der Antheilhaber die Gesellschaft vertreten sollen, so muß das Handelsregister die Angabe enthalten, welcher oder welche dazu bestimmt sind, sowie ob das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll. (O.-R. 555, Al. 2, in Verbindung mit 533; sodann 553, 560 und 561).

Die zur Vertretung der Kollektivgesellschaften Ermächtigten haben demnach die im Art. 30 der Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt für Prokuristen vorgesehene Gebühr von Fr. 5 nicht zu entrichten, sondern sie sind als Organe im Sinne des zitirten Kreisschreibens vom 13. März abhin zu betrachten. Die Zeichnung «per procura» ist hier nicht zulässig.

Dagegen ist der Kommanditär als solcher nicht Vertreter der Gesellschaft; die Prokura muß ihm besonders ertheilt werden und es ist denn auch die betreffende Gebühr (Art. 30 der zitirten Verordnung) zu bezahlen (O.-R. 595 und 598).

Die Mitglieder des Verwaltungsrathes einer Aktiengesellschaft sind Organe dieser letztern. Wenn in den Statuten bestimmt ist, daß die Geschäftsführung an ein oder mehrere Mitglieder über-

Digitized by Google

tragen ist, so führen sie die Unterschrift nicht als Prokuristen, sondern als Organe der Gesellschaft und es wird bei der Eintragung in's Handelsregister keine besondere Gebühr gefordert. Wenn aber besondere Vertreter der Gesellschaft aufgestellt sind, welche als solche, nicht als Verwaltungsräthe, zeichnen (O.-R. 650), so ist die im Art. 30 der zitirten Verordnung vorgesehene Gebühr zu entrichten. Besteht neben denselben kein Verwaltungsorgan, so sind sie selbst als solches zu betrachten und es hat in diesem Falle die Eintragung gebührenfrei stattzufinden.

2) Gemäß Art. 869 und 870 des O.-R. muß die Firma einer Kollektivgesellschaft den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze und die Firma einer Kommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters, ebenfalls mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zuatze enthalten. Demnach kann für die aus A. B., C. D. und E. F. bestehende Kollektivgesellschaft die Firma A. B. und C. D. nicht genügen, sondern es muß ein Zusatz (& Co) gemacht werden. Die Firmen müssen der Wirklichkeit entsprechen, es wird dieß vom öffentlichen Interesse gefordert. Dem Publikum kann beim Geschäftsverkehr nicht gleichgültig sein, ob die Gesellschaft nur aus zwei oder aber aus mehreren Personen besteht und es ist deßhalb letzteres in der Firma vorzumerken.

Bei einer Kommanditgesellschaft, die aus drei oder mehr Personen besteht, genügt es ebenfalls nicht, daß in die Firma ein oder zwei Namen gesetzt sind, sondern es ist auch hier ein Zusatz erforderlich, welcher das Vorhandensein einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft anzeigt.

3) Wenn die Erben des Inhabers einer Firma übereinkommen, das Geschäft auf Rechnung der Erbmasse weiter zu führen, so haben sie sich sämmtlich in das Handelsregister eintragen zu lassen und die Firma entsprechend abzuändern (O.-R. 552).

4) Es kommt der Fall bisweilen vor, daß Jemand an einem andern als an seinem Wohnorte eiu Geschäft betreibt und es entsteht alsdann die Frage, an welchem Orte die Eintragung in's Handelsregister vorzunehmen sei.

Das Handelsregister ist dazu bestimmt, Auskunft über die geschäftlichen Verhältnisse zu geben, deßhalb soll die Eintragung am Sitze des Geschäftes oder Gewerbes vorgenommen werden. Der Wohnort des Geschäftsinhabers erscheint im Handelsregister lediglich als Bestandtheil der persönlichen Adresse des letztern.

5. Laut nnserem zitirten Kreisschreiben haben Agenturen ausländischer Aktiengesellschaften und Genossenschaften für die Ein-

Digitized by Google

tragung in's Handelsregister einen Ausweis vorzulegen, daß diese Gesellschaften im Auslande, am Orte ihrer Hauptniederlassung, gesetzlich organisirt seien.

Mit Bezug auf jene Weisung ist die Frage gestellt worden, ob und welchen Ausweis auch Filialen auswärtiger Einzel- und Gesellschaftsfirmen (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) beizubringen haben.

Es erscheint als durchaus gerechtfertigt, daß diese ein Dokument vorweisen, aus welchem hervorgeht, daß das Hauptgeschäft im Ausland ordnungsgemäß besteht.

Zu diesem Zwecke genügt ein Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder, wo solche nicht bestehen, eine amtliche Bescheinigung über das thatsächliche Bestehen des Hauptgeschäftes.

III. Mittheilungen des eidg. Departements für Handel und Landwirthschaft an die Registerbureaux.

A. Betr. Eintragung von Vereinen, O.-R. Tit. 28 (vom März 1883).

Der Eintrag eines Vereines soll Angaben enthalten über:

1) den Namen und den Sitz des Vereins;
2) das Datum der Statuten;
3) den Zweck des Vereins;
4) die Bedingungen der Mitgliedschaft;
5) die Bildung des Vorstandes;
6) die Form der Bekanntmachungen, welche vom Verein ausgehen;
7) die Vertretung nach außen und die Führung der Unterschrift;
8) die statutarischen Bestimmungen in Bezug auf das Vereinsvermögen und allfällige Haftbarkeit der Mitglieder.

Der Anmeldung sind folgende Belege beizufügen:

1) Amtlich beglaubigte Abschrift der Statuten des Vereins;
2) amtlich beglaubigter Auszug aus dem Protokoll über die Wahl des Vorstandes;
3) idem über den Vereinsbeschluß, wodurch die Eintragung in's Handelsregister beschlossen worden ist.

B. Betr. Pflicht zur Eintragung von Einzelpersonen, O.-R. 865, al. 4 — (vom März 1883).

Viele Anfragen in Betreff der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister, hauptsächlich bei Detailhändlern aller Branchen, Viehhändlern, Gasthof- und Wirthschaftsbesitzern, Handwerkern ꝛc., veranlassen uns zu der Bemerkung, daß allgemein zutreffende Vorschriften sich in dieser Hinsicht nicht aufstellen lassen.

Digitized by Google

Selbst innerhalb einer einzigen Kategorie von Berufstreibenden können die Verhältnisse so verschieden sein, daß im einzelnen Falle unbedingte Pflicht zur Eintragung, im andern Falle keine solche zu konstatiren sein wird. Wir ersuchen daher die kantonalen Registerbehörden, je im einzelnen Falle nach den besonderen Verhältnissen zu entscheiden, wobei es nicht schwierig sein wird, zu ermitteln, ob das Haupterforderniß zur Feststellung der Eintragpflicht — die in Art. 865 al. 4 des O.-R. vorgesehene kaufmännische Art der Führung des Gewerbes — vorhanden sei. „Kaufmännische" Art wird z. B. angenommen werden müssen, wenn

1) der geschäftliche Verkehr eines Gewerbetreibenden zum großen Theil auf Kreditgeben und Kreditnehmen beruht und
2) die genaue Kenntniß der geschäftlichen Schuld- und Forderungsverhältnisse von einer zuverlässigen Buchführung abhängt. Derjenige, dessen geschäftliche Verhältnisse keine Buchführung im kaufmännischen Sinne des Wortes bedingen, wird nicht als eintragpflichtig betrachtet werden können.

In Verbindung hiemit bringen wir den Registerführern in Erinnerung, daß das Hauptregister nur für Eintragpflichtige und Firmen bestimmt ist. Einzelne Bureaux führen in demselben so viele Wirthe und Handwerker auf, daß wir annehmen müssen, es finde eine richtige Unterscheidung der bei den beiden verschiedenen Registern in Betracht fallenden Momente nicht statt.

C. betr. Auslegung des Art. 902 O.-R. (vom 12. April 1883).

In Folge verschiedenartiger Auslegung des Artikels 902 des schweizerischen Obligationenrechtes durch die kantonalen Registerbehörden hat der schweizerische Bundesrath, in seiner Sitzung vom 6. d. Mts., den zitirten Artikel dahin interpretirt, daß nur die am 1. Januar 1883 vorhandenen Inhaber von, dem schweiz. Obligationenrecht widersprechenden, Firmen diese bis zum 31. Dez. 1892 unverändert fortführen dürfen Wenn von dem 1. Januar 1883 an in der Person, bezw. im Personalbestand des oder der Träger einer Firma ein Wechsel, eine Aenderung eintritt, so kommen die Bestimmungen des Gesetzes über die Führung einer Firma zur Anwendung. (Art. 867, 869, 870 u. ff.)

D. betr. Anwendung des Artikels 864 O.-R.

Gemäß Beschluß des Bundesrathes vom 30. März d. J. ist der Artikel 864 des O.-R. nicht in Anwendung zu bringen gegen solche Eintragspflichtige, welche sich vor Ablauf des Monats März zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet haben, aber nicht eingetragen werden konnten. Auch gegen säumige Ein-

Digitized by Google

tragspflichtige ist jener Artikel erst nach erfolgloser Durchführung des in Artikel 23 der bundesräthlichen Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt bezeichneten Verfahrens *) anzuwenden.

IV. Ueber die Frage, ob **der Registerführer die Pflicht habe, die Richtigkeit der ihm zur Eintragung gemachten Angaben zu prüfen,** hat sich eine eidg. Kommission für Vorberathung der betr. Eintragung in die Handelsregister noch unerledigt gebliebenen Punkte dahin geäußert: Es sei dieselbe „nur im „Allgemeinen und in Bezug auf die Formalitäten der Docu„mente, die Identität der Personen, mit Ja zu beantworten; „dagegen könne ihm die Prüfung der materiellen Richtigkeit „nicht zugemuthet werden." (Berner Post.)

V. Zur Auslegung des Art. 865 O. R.

hat das Justizdepartement des Kantons Thurgau am 16. Februar 1883 an die Gemeindeammannämter ein Circular erlassen, worin von der Ansicht ausgegangen wird, es falle die Frage, ob Jemand zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet sei, mit der andern Frage zusammen: ob von dem Betreffenden die ordnungsmäßige Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern verlangt werden kann und muß. — Daher seien z. B. nicht alle dem Fabrikgesetz unterstellten Geschäfte eintragpflichtig, sondern nur solche, die einen kaufmännischen Betrieb erfordern, und letzteres sei bei kleineren Stickereigeschäften nicht der Fall.

Hinwieder gelten z. B. Mehlmühlen (wie auch Bierbrauereien) nicht als Fabriken im Sinn des Fabrikgesetzes, wenn sie nur erwachsene männliche Arbeiter beschäftigen und diese beim Arbeitgeber Kost und Logis haben; deßhalb können aber diese Etablissements gleichwohl zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet sein und wird dies wieder nach der merkantilen Seite ihres Geschäftsbetriebs beurtheilt werden müssen (Großmüller oder Kleinmüller, Handels- oder Kundenmühle).

Bloße Detailgeschäfte, wie Schreibmaterialienhandlungen, die z. B. von Buchbindern als Nebengewerbe betrieben werden, kleine Spezereihandlungen u. dgl. sind nicht als eintragspflichtig zu erachten; Viehhändler nur bei ausgedehntem Geschäftsbetrieb (Großhandel).

Schließlich wird die Anschauung als irrig bezeichnet, daß zur Eintragung nur diejenigen verpflichtet seien, welche mit Wechseln verkehren und sich der prozessualischen Wechselstrenge (die übrigens zur Zeit im Thurgau noch nicht besteht) unterziehen wollen.

*) Vgl. bern. Gesetzsamml. 1882, S. 220 ff., 389 ff.

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Jahrgang 1882. — Fortsetzung.*)

Mitgetheilt von Herrn Oberrichter Lienhard.

---

61. Eine Zeugenaussage ist gültig, wenn auch im Protokoll nichts davon steht, daß dem Zeugen der Eid erlassen worden sei.

Schmid c. Tschann-Zeerleder & Cie.

5. Oktober 1882.

Erwägungsgründe:

Daß auch der formelle Einwand gegen die Gültigkeit dieser Zeugenaussage, der in dem Umstande gesucht wird, daß das Protokoll nichts darüber enthält, ob dem Zeugen der Eid erlassen worden oder nicht, unstichhaltig ist, indem es beim assertorischen Zeugen-Eid des bernischen Prozesses der freien Initiative der Parteien anheimgestellt ist, den Eid zu begehren, was ihnen auch im vorliegenden Falle frei gestanden, mithin aus dem Umstande, daß das Protokoll einer speziellen Anfrage Seitens des Richters nicht erwähnt, keineswegs Außerachtlassung einer wesentlichen Vorschrift und deßhalb Ungültigkeit der betreffenden Aussage gefolgert werden darf.

62. Contocurrent. — Die periodischen Rechnungsabschlüsse und Vorträge auf neue Rechnung haben nicht die Bedeutung einer Novation. — Umfang der Haftung der Kreditbürgen.

Wagner & Cie. c. Dietler.

6. Oktober 1882.

Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 26, Nr. 155.

Dem E. Stephani war von Wagner & Cie. unterm 18. März 1878 ein Kredit bis zum Belaufe von Fr. 20,000 eröffnet worden,

---

*) Auf Seite 301 hienach werden 2 Entscheide des vorhergehenden Quartals nachgeholt, die bei Bearbeitung dieses Zeitraums nicht zur Verfügung waren. Red.

Digitized by Google

wogegen er sich zur Restitution der zu erhebenden Summen durch Einzahlung in Contocurrent und zur Verzinsung derselben nach dem jeweilen vom Kreditgeber festzusetzenden Zinsfuße verpflichtete. Als einter Bürge war diesen Verpflichtungen der Beklagte F. Dietler beigetreten. Nachdem Stephani in Geltstag gefallen war und Wagner & Cie. für ihre Kreditforderung von Fr. 23,261. 85 eine Geduldskollokation erhalten hatten, forderten sie vom Bürgen Dietler: a. die Kreditsumme von Fr. 20,000; b. 2 Jahreszinse à 5%; c. den Laufzins à 6% seit Erkennung des Geltstags (24 Januar 1881). Dietler anerkannte die Kreditsumme nebst Zins vom letzten Rechnungsabschluß vor Ausbruch des Geltstags, 31. Dez. 1880, bestritt aber die weitergehende Zinsenforderung, indem er behauptete, durch den Rechnungsabschluß und den Vortrag des Saldo als ersten Posten in neue Rechnung seien die frühern Zinse kapitalisirt worden und haben die Eigenschaft ausstehender Zinse verloren. Im Prozesse wurde festgestellt, daß die Kreditforderung von Wagner & Cie. seit 1878 stets den Betrag der geforderten Kapitalsumme nebst entsprechenden Zinsen überstiegen habe. Die Zinsenforderung wurde vom Appellations- und Kassationshof im vollen Umfange gutgeheißen.

Erwägungsgründe:

Die jeweiligen Rechnungsabschlüsse im Conto-Corrent sind als bloße Rechnungsoperationen anzusehen, welche nur den Zweck haben, die Uebersicht des Rechnungsverhältnisses zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer herzustellen. Es soll jeweilen auf einen bestimmten Zeitpunkt der Saldo ausgemittelt werden, welcher dem Schuldner zur Last geschrieben werden muß, nicht aber wird in materieller Beziehung ein neues Schuldverhältniß begründet. Parteien sind denn auch darüber einverstanden, daß in casu von einer Novation nicht die Rede sein kann. Daraus folgt, daß der Bürge nicht in der Lage ist, sich seiner Haftung für zwei ausstehende Zinse des von ihm verbürgten Kredites unter Berufung darauf zu entziehen, daß jene Zinse im Conto-Corrent zum Kapital geschlagen worden seien. Dieser Umstand berührt den Bürgen in keiner Weise und ist daher nicht geeignet, die von ihm eingegangene Verpflichtung zu modifiziren. Der Beklagte haftet somit gemäß dem Kredit- und Bürgschaftsbrief vom 18. März 1878 in Verbindung mit Satz. 920 C. für die Kreditsumme der Fr. 20000, sammt zwei ausstehenden und dem laufenden Zinse von diesem Betrage.

Digitized by Google

63. Forumsverschluß. — Kompetenz zur Beurtheilung einer provisorischen Verfügung in Bezug auf die Vollziehung eines Kaufvertrags um zu schlagende Tannen.

Urweider c. Kübler.

7. Oktober 1882.

Frau Kübli hatte dem Johann Urweider 10 Tannlein in ihrer Vorsaßwaldung um Fr. 90 verkauft, welche der Käufer selbst schlagen sollte. Urweider zeichnete zum Theil andere und größere Tannlein als die verkauften zum Schlagen an, worauf Frau Kübli eine provisorische Verfügung der Richters zum Schutze gegen dieses vertragswidrige Vorgehen nachsuchte. Im anberaumten Termine zur Verhandlung und Beurtheilung der provisorischen Verfügung stellte Urweider das Zwischengesuch: Es sei zu erkennen, die Verhandlung über die von der Gegenpartei verlangte prov. Verfügung gehöre nicht in die Kompetenz des Gerichtspräsidenten und er sei hierüber nicht endgültig urtheilende Instanz, sondern es sei jenes Begehren im ordentlichen Verfahren nach § 316 ff. P. zu verhandeln. — Dieses Zwischengesuch wurde erstinstanzlich abgewiesen und der Appellations- und Kassationshof, an welchen die Sache in Folge der Appellationserklärung des Urweider gelangte, verschloß ihm auf den Antrag der Incidentalbeklagten das Forum.

Erwägungsgründe:

Der Entscheid im vorliegenden Falle hängt davon ab, ob anzunehmen ist, die anbegehrte provisorische Verfügung stehe in Bezug mit einer Streitigkeit über Immobiliarrechte, oder ob dieß nicht der Fall ist. Nun ergibt sich aus dem Inhalte der Kundmachung mit Vorladung, welche die Incidentalbeklagte unterm 1./2. November 1881 an den Incidentalkläger erlassen hat, daß eine provisorische Verfügung anbegehrt wurde, um die gehörige Erfüllung des Kaufvertrages um 10 im Walde des Incidentalbeklagten zu schlagende Tannen zu sichern und dem Incidentalkläger die Möglichkeit zu benehmen, andere, als die verkauften Tannen zu behändigen. Es handelt sich daher um eine Streitigkeit in Betreff der Vollziehung eines Mobiliarkaufes und keineswegs um eine solche bezüglich dinglicher Rechte. Da der Werth der verkauften Tannen bloß Fr. 90 beträgt, so fällt mithin die endgültige Beurtheilung des in Rede stehenden Begehrens um eine provisorische Verfügung gemäß § 319 und 321 P. in die Kompetenz des Gerichtspräsidenten und es ist das Rechtsmittel der Appellation im vorliegenden Falle nicht zulässig.

Digitized by Google

64. Die Gemeinde haftet nicht für Schaden, welcher durch Verletzung kontraktlich übernommener Pflichten Seitens der Vormundschaftsbehörde dritten nicht unter ihrer Vormundschaft stehenden Personen erwächst.

Gfeller c. Einwohnergemeinde Seeberg.

12. Oktober 1882.

Laut Kaufbeile vom 10. März 1868 und Theilung vom 8. Juni 1871 hatten an J. Gfeller von Bechigen zu fordern: a. Gottlieb Lehmann Fr. 7627. 50; b. Sophie Lehmann Fr. 7965. 32. Letztere stand unter Vormundschaft und es wurde deßhalb die Kaufbeile von der heimatlichen Vormundschaftsbehörde von Seeberg aufbewahrt. Im Jahr 1874 setzte Gottlieb Lehmann diesen Forderungstitel dem J. Gfeller von Worb zur Sicherheit für ein Darlehen von Fr. 7500 faustpfändlich ein. Dem Faustpfandsvertrag ist wörtlich folgende Erklärung nachgetragen: „Die Vormundschaftsbehörde von Seeberg erklärt, bemeldte Kaufbeile zur Aufbewahrung erhalten zu haben am 31. Januar 1874." Die Erklärung ist unterzeichnet vom Präsidenten und Sekretär der Vormundschaftsbehörde.

Die Kaufbeileforderung des Gottlieb und der Sophie Lehmann war vom Schulder Gfeller ratenweise abzutragen. Auf Ansuchen desselben gab die Vormundschaftsbehörde von Seeberg die Kaufbeile unter verschiedenen Malen zur Bewirkung dieser Abschlagszahlungen und Löschung des Pfandrechts an Notarien heraus, ohne dem Gläubiger, an dessen Stelle sie das Faustpfand verwahrte, davon Mittheilung zu machen. Nun hatte aber Letzterer es seinerseits ebenfalls unterlassen, dem Schuldner der verpfändeten Forderung von der Verpfändung Kenntniß zu geben. Derselbe machte deßhalb nicht nur an die Forderung der Sophie Lehmann sondern auch an diejenige des Gottlieb Lehmann Abschlagszahlungen, welche demselben abgeliefert, im Titel quittirt und wofür das Pfandrecht im Grundbuche gelöscht wurde. Als sodann Gottlieb Lehmann in Geltstag fiel und der Gläubiger Gfeller oder nunmehr dessen Wittwe Anweisung auf die verpfändete Forderung verlangte, stellte es sich heraus, daß dieselbe nur noch theilweise existirte und es erfolgte deßhalb für Fr. 2318. 29 Anweisung zur Geduld. Wittwe Gfeller spielte hierauf gegen die Einwohnergemeinde von Seeberg eine Klage aus, womit sie Ersatz des Schadens verlangte, welcher ihr infolge der Herausgabe des Titels durch die Vormundschaftsbehörde von Seeberg entstanden sei. Die Letztere habe dadurch die vertraglich übernommene Auf-

Digitized by Google

bewahrungspflicht verletzt. Die Klage wurde wegen Mangels der Passivlegitimation abgewiesen.

Erwägungsgründe:

Bei der Beurtheilung dieses Falles kann ganz abgesehen werden von der Frage, ob die Vormundschaftsbehörde von Seeberg mit Rücksicht auf die durch Erklärung vom 31. Januar 1874 übernommene Verpflichtung zur Aufbewahrung der dem verstorbenen Ehemann der Klägerin faustpfändlich verschriebenen Kaufbeile d. d. 10. März 1868, lautend auf Johann Gfeller, Niklausen, von Bechigen, ein Verschulden trifft, sowie von der weitern Frage, ob der Einwand der eigenen Nachlässigkeit der Klägerin als begründet zu betrachten ist, da von einem Zuspruch der vorliegenden Klage schon deßwegen keine Rede sein kann, weil es an der Passivlegitimation der Beklagten fehlt. Richtig ist allerdings, daß die Praxis in ausdehnender Interpretation der Satz. 210 C. von jeher dahin ging, die Gemeinden unmittelbar haftbar zu erklären für den Schaden, welcher einem Pupillen infolge einer schuldhaften Nachlässigkeit der Vormundschaftsbehörde erwachsen ist.

In casu steht nun aber kein Verschulden der Vormundschaftsbehörde von Seeberg in der Besorgung der ihr gesetzlich obliegenden Verpflichtungen in Frage, sondern es handelt sich darum, zu wissen, ob die genannte Behörde ihrer vertragsmäßig übernommenen Pflicht zur Aufbewahrung der Kaufbeile vom 10. März 1868 gegenüber der Klägerin, welche nie unter ihrer Vormundschaft gestanden hat, in gehöriger Weise nachgekommen ist, oder nicht. Aus einem solchen Verschulden der Vormundschaftsbehörde haftet nun aber selbstverständlich die Gemeinde nicht, sondern bloß in dem hier nicht gegebenen Falle, wo einem Pflegbefohlenen durch eine Widerhandlung gegen die der Vormundschaftsbehörde gesetzlich obliegenden Pflichten ein Schaden entsteht. Die durch das Gesetz normirte Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörde für den dem Pupillen durch ihr Verschulden entstehenden Schaden soll dadurch zur That und Wahrheit gemacht werden, daß die Gemeinde aus diesem Verschulden ihrer Behörde unmittelbar und selbständig belangt werden kann. Uebernimmt dagegen, wie dies hier geschehen ist, eine solche Behörde Verpflichtungen, welche ihr gesetzlich nicht obliegen und in keinem nothwendigen Zusammenhang mit ihrer Aufgabe stehen, so hat nur sie allein und nicht die Gemeinde für den Schaden einzustehen, welcher allfällig aus einer Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der übernommenen Vertragsverbindlichkeiten von ihrer Seite entsteht und es ist demgemäß auch nur sie, bezw. ihre Mitglieder, und nicht die Gemeinde die richtige Beklagte.

Digitized by Google

65. Ehescheidung. Nach Satz. 129, Ziff. 2, 130 und 188 C. kann nicht cumulativ auf Entschädigung und Alimentationsbeiträge an den unschuldigen Ehegatten erkennt werden.

Flügel c. Flügel.

13. Oktober 1882.

Uebereinstimmend: Allisbach c. Allisbach vom 18. Febr. 1881.

66. Obligation. — Angabe eines theilweise unrichtigen Schuldgrundes macht das Privilegium für die ganze Obligationsforderung hinfällig.

Zaugg c. Weil.

19. Oktober 1882.

Erwägungsgründe:

In der so betitelten Obligation des Christian Riesen zu Gunsten des Einspruchsbeklagten, vom 1. August 1881, wird als Verpflichtungsgrund angegeben, es habe der Obligationsgläubiger dem Obligationsschuldner Waarenlieferungen bis zum Betrage von Fr. 4000 gemacht. Aus einem der fraglichen Obligation beigefügten Nachtrage vom 13. August 1881 ergibt sich nun, daß der Schuldgrund insofern unrichtig angegeben ist, als die gemachten Waarenlieferungen nur einen Betrag von Fr. 1800 ausmachen, während die übrigen Fr. 2200 dem Riesen darlehnsweise hingegeben worden sind. Es frägt sich daher, ob dieser Mangel ein so wesentlicher sei, daß infolge dessen der betreffenden Schuldverpflichtung die Eigenschaft einer Obligation im Sinne der Satz. 959 C. abgesprochen werden muß. Dieß ist in der That der Fall. Da nämlich durch Ausstellung einer Obligation für die Forderung des Gläubigers ein Privileg in einem allfälligen Geltstage des Schuldners geschaffen werden soll, so muß eine Schuldschrift, um als Obligation gelten zu können, nach der formellen Seite hin genau den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen. Nun wird in Satz. 960 C. unter Anderem verlangt, daß die Obligation die Angabe des Grundes der Verpflichtung des Schuldners enthalten solle. Selbstverständlich ist dieses Requisit nicht nur dann nicht erfüllt, wenn der Verpflichtungsgrund gar nicht, sondern auch dann, wenn derselbe unrichtig angegeben ist. Es kann hiebei auch keinen Unterschied machen, ob dieser Verpflichtungsgrund ganz oder nur

Digitized by Google

theilweise unrichtig angeführt ist. In beiden Fällen mangelt eben die Angabe des wahren Verpflichtungsgrundes und damit ein wesentliches Erforderniß der bernisch-rechtlichen Obligation.

67. Eine Geltstagsmasse kann zur Sicherung der ad massam gezogenen Forderungen des Geltstagers Arreste herausnehmen.

Geltstagsmasse Meyer c. Gränicher.

20. Oktober 1882.

Vgl. Ztschr. XVIII, S. 448.

In einem frühern Prozesse zwischen den nämlichen Parteien wurde der Beklagte Gränicher von der Instanz entbunden, weil eine Geltstagsmasse nicht berechtigt sei, streitige Forderungen, welche schon dem Geltstager zustanden, auf dem Prozeßwege geltend zu machen. Als nun aber Gränicher Anstalten traf, sein Vermögen zum Nachtheil der gläubiger'schen Masse Dritten zuzuwenden, sah sich diese veranlaßt, einen Arrest gegen ihn herauszunehmen. Im Arrestbestätigungsprozeß erhob Gränicher die Einrede, die Geltstagsmasse sei auch nicht befugt, Arreste herauszunehmen und Arrestprozesse durchzuführen. Er wurde aber damit abgewiesen.

Erwägungsgründe:

Wenn auch schon wiederholt erkennt worden ist, daß eine Geltstagsmasse als solche zur Einklagung streitiger Forderungsrechte, welche ursprünglich dem Geltstager zustanden, nicht legitimirt sei, so folgt daraus noch keineswegs, daß dieselbe nicht berechtigt sei, zur Sicherung einer solchen Forderung einen Arrest herauszunehmen und validiren zu lassen. Eine gesetzliche Bestimmung, welche einer Geltstagsmasse ein solches Vorgehen verbieten würde, existirt nicht und die ratio legis, weßhalb der Geltstagsmasse die Legitimation zur Prozeßführung in der Hauptsache abgesprochen wird, und welche in der Beschleunigung der Geltstagsliquidation besteht, trifft im Stadium des Arrestverfahrens nicht zu, weil durch dasselbe der Gang der Liquidation nicht unterbrochen wird (vergl. Urtheil vom 9. Febr. 1882 zwischen den heutigen Parteien). Auch entspricht es durchaus der Natur der Sache, daß eine Geltstagsmasse die zukünftige Realisirung solcher Ansprüche auf dem Wege des Arrestes sicher zu stellen berechtigt sein soll. Der Einwand des Beklagten, daß im Arrestprozesse ordentlicherweise

Digitized by Google

auch die Begründetheit der Forderung zu prüfen sei (§ 624, Al. 1) und daß demgemäß der Klägerin zu Anhebung desselben die Legitimation in gleicher Weise abgehe, wie zur Durchführung des Hauptprozesses, ist aus dem Grunde unstichhaltig, weil der Arrestbeklagte nach Alinea 2 des gedachten Artikels die Verweisung der Frage über die Begründetheit der Forderung in das ordentliche Verfahren zu verlangen berechtigt ist. Von Seite der Klägerin ist denn auch ein bezügliches Rechtsbegehren, welches unzulässig gewesen wäre, nicht gestellt worden.

68. Ein Dritter wird durch die Bezeichnung als Schwörperson nicht zur Prozeßpartei gemacht und kann daher von dem Prozeßgegner des Beweisführers noch immer zu andern Thatsachen als Zeuge angerufen werden.

Bernheim c. Postverwaltung.

21. Oktober 1882.

Zeitschrift f. v. R. 11, 148 (1. August 1850 in Sachen Girard c. Finanzdirektion).

69. Fordeklinatorische Einrede auf Grundlage eines Schiedsvertrags. — Rekusation. — Auf das Recht der Ablehnung von Gerichtspersonen kann gültig verzichtet werden.

Käsereigesellschaft Lanzenhäusern c. Gilgen.

21. Oktober 1882.

Die Statuten der auf Aktien fundirten und nach dem Gesetz über Aktiengesellschaften vom 27. November 1860 konstituirten Käsereigesellschaft Lanzenhäusern enthalten folgende Bestimmung: „Art. 25. Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einzelnen Aktionären, oder zwischen Aktionären unter sich, welche gesellschaftliche Angelegenheiten betreffen, werden ohne Weiterziehung und ohne an die gesetzlichen Formen des Verfahrens gebunden zu sein, durch ein Schiedsgericht entschieden, das auf folgende Weise gebildet wird Jede Partei ernennt einen Schiedsrichter und diese den Obmann; können die Schiedsrichter die Wahl des Obmanns nicht zu Stande bringen, so wird dieselbe durch den Gerichtspräsidenten von Schwarzenburg getroffen. Obmann und Schiedsrichter

Digitized by Google

müssen Aktionäre sein." Durch Vertrag vom Mai 1869 verpflichtete sich Christ. Gilgen, welcher nicht Aktionär der Käsereigesellschaft Lanzenhäusern ist, seine Milch gemäß den Statuten in die Käserei zu liefern und im fernern erklärte er, der Artikel 25 der Statuten solle auf ihn gleich wie auf einen Aktionär Anwendung finden.

Mittelst Klage vom 21. Dez. 1881 forderte Gilgen von der Käsereigesellschaft restanzliche Fr. 340 für gelieferte Milch und lud dieselbe zur Verurkundung und weitern Instruktion des Prozesses vor den Gerichtspräsidenten von Schwarzenburg. Die Beklagte erhob unter Berufung auf Art. 25 der Statuten und den erwähnten Vertrag eine foridekliniatorische Einrede, welcher der Kläger sodann die Behauptung entgegensetzte, diese Statutenbestimmung sei ungültig und unverbindlich, weil sie wider die Rekusationsbestimmungen in §§ 88 und 386, Ziff. 2, P. verstoße, welche öffentlich-rechtlicher Natur seien und die Privatwillkür ausschließen; er stellte auch ein eventuelles Begehren auf Ungültigerklärung des mehrerwähnten Statutenartikels. Während der erstinstanzliche Richter der Ansicht des Klägers beitrat, wurde dagegen vom Appellations- und Kassationshof die Gerichtsstandseinrede zugesprochen.

Erwägungsgründe:

Der Incidentalbeklagte behauptet, die Bestimmung in Art. 25 der Statuten der Incidentalklägerin, dahingehend, das dort vorgesehene Schiedsgericht müsse aus Aktionären der Käsereigesellschaft Lanzenhäusern gebildet werden, widerstreite dem öffentlichen Rechte, weil die gedachten Aktionäre als ordentliche Richter sich im Rekusationsfalle (§ 8 P.) befinden würden und daher in analoger Anwendung des § 386, Ziff. 2 P. angenommen werden müßte, die Uebertragung zum Schiedsspruche sei von Anfang an ungültig gewesen. Mithin seien im vorliegenden Falle allein die ordentlichen Gerichte competent und die erhobene Gerichtsstandseinrede unbegründet. Dieser Argumentation liegt die Auffassung zu Grunde, daß ein im Rekusationsfalle befindlicher Richter von Amtswegen sich aller richterlichen Funktionen zu enthalten habe und daß dieß eine Norm des öffentlichen Rechts sei, welche durch Privatwillkür nicht abgeändert werden könne. An der Hand des Gesetzes stellt sich indeß diese Rechtsanschauung als irrig heraus. Einerseits sieht nämlich das Gesetz ein Parteigesuch betreffend die Rekusation einer Gerichtsperson vor (§ 9 P.) und anderseits bildet die Mitwirkung eines rekusationsfähigen Richters bei einer gerichtlichen Verhandlung keinen der in § 363 P. aufgezählten Nichtigkeits-

Digitized by Google

gründe eines Urtheils. Daraus geht hervor, daß auf das Recht der Rekusation einer Gerichtsperson gültig verzichtet werden kann und daß es in diesem Falle so anzusehen ist, als ob von Anfang an kein Rekusationsgrund gegen sie vorhanden gewesen wäre. In gleicher Weise muß natürlich auch, wenn es sich um die Ernennung von Schiedsrichtern handelt, ein solcher Verzicht zulässig sein und es läßt sich daher aus § 386, Ziff. 2 P. kein Argument zu Gunsten der Ansicht des Incidentalbeklagten ableiten. Ein Verzicht auf die Rekusation der Aktionäre der Incidentalklägerin als Schiedsrichter liegt nun aber unstreitig darin, daß der Incidentalbeklagte als einer der Mitunterzeichner des Vertrages vom Mai 1869 sich dem Art. 25 der Statuten der Käsereigesellschaft Lanzenhäusern ausdrücklich gleich einem Aktionär unterworfen hat. Die Gerichtsstandseinrede der letztern ist daher als unbegründet zu betrachten. Von einem Zuspruch des eventuellen Rechtsbegehrens an den Incidentalbeklagten kann keine Rede sein, weil gegenüber einem Zwischengesuch eine Widerklage nicht statthaft ist. Uebrigens ist die Frage betreffend die Gültigkeit der fraglichen Bestimmung des Art. 25 der Statuten schon bei Gelegenheit der Erörterung über das Zwischengesuch zur Sprache gekommen.

70. Ladung vor den inkompetenten Richter unterbricht die Verjährung nicht*).

Michaud c. Witz.

26. Oktober 1882.

Erwägungsgründe.

Der Beklagte erhebt gegenüber dem klägerischen Anspruche zunächst eine peremptorische Einrede und zwar gestützt darauf, daß die Klage vom 17./29. Januar 1882 verspätet angebracht, und mithin der dadurch verfolgte Anspruch ersessen sei (§ 146, Ziff. 1 P.) Zur Begründung beruft er sich darauf, dem Kläger sei zur Anbringung seiner Klage gemäß § 327 P. eine peremptorische Frist von 6 Wochen bestimmt worden, welche mit dem 16. Dezember 1881 abgelaufen sei. An diesem Tage sei ihm nun allerdings eine von Fürsprecher Simmen Namens des Klägers Michaud abgefaßte sogenannte „Klage-Vorladung" durch den Weibel zugestellt worden, worin er auf Samstag den 14. Jänner 1882 vor Richteramt Erlach geladen worden sei zum Zwecke der erstinstanzlichen Beur-

*) Mit 4 gegen 2 Stimmen erkennt; vgl. nunmehr Art. 158 O.-R.

Digitized by Google

theilung des dort gestellten Rechtsbegehrens. Dieses Aktenstück entspreche aber den gesetzlichen Vorschriften des § 134 P. in keiner Weise und sei daher nicht als Klage im Sinne des Gesetzes zu betrachten; es könne demselben auch schon deßwegen keinerlei rechtliche Bedeutung beigemessen werden, weil der Beklagte vor eine inkompetente Gerichtsstelle vorgeladen wordeu, indem der Gerichtspräsident von Erlach zur erstinstanzlichen Beurtheilung des gegnerischen Rechtsbegehrens nicht zuständig gewesen sei. Uebrigens sei durch die Reformerklärung die Vorkehr vom 15./16. Dez. dahingefallen und demnach als nicht geschehen zu betrachten. Dieser letztere Einwand ist aber offenbar nicht stichhaltig. Wenn es auch richtig ist, daß durch die Reformerklärung die Klags-Vorladung vom 15./16. Dezember 1881 dahingefallen ist, so liegt es doch in dem Wesen der Reform, welche bloß ein Mittel gegen mangelhafte Prozeßführung sein soll, daß durch dieselbe nicht auch die durch jene Rechtsvorkehr vom Kläger allfällig bereits erlangten materiellrechtlichen Vortheile ohne Weiteres aufgehoben werden. Wäre daher durch Klagvorladung vom 15./16. Dez. 1881 der Lauf der Anspruchsverjährung zu Gunsten des Klägers unterbrochen worden, so hätte seine Reformerklärung daran nichts geändert (vgl. Urtheil vom 27. April 1865 in Sachen Wyß c. Wyß). Es ist demnach bloß zu untersuchen, ob jene Vorkehr geeignet war, diese Wirkung hervorzubringen. Dieß ist nun nicht der Fall. Abgesehen nämlich davon, daß die Klagsvorladung vom 15./16. Dezember 1881 in mangelhafter Form abgefaßt ist und den Vorschriften des § 134 P. nicht durchwegs entspricht, so ist dieselbe bei einer materiell inkompetenten Gerichtsstelle angebracht worden. Es handelt sich in casu um einen persönlichen Forderungsstreit, dessen Betrag die Kompetenz des Gerichtspräsidenten und des Amtsgerichts übersteigt (4 und 5 P.). Gemäß § 132 P. mußte daher vom Kläger der Weg des ordentlichen Prozeßes betreten und der Beklagte zur Instruktion des letztern vor den Gerichtspräsidenten von Erlach geladen werden, nicht aber zum Zwecke der erstinzstanzlichen Beurtheilung des Streites. Das bernische Gesetz hat nun zwar die Frage, ob die Anbringung der Klage vor einem incompetenten Richter die Unterbrechung der Verjährung bewirke, unentschieden gelassen, allein es muß hierin der herrschenden Theorie des gemeinem Rechts beigepflichtet werden, welche dahin geht, daß dieß nicht der Fall sei, indem eine solche fehlerhafte Geltendmachung eines Anspruches als ein wirkungsloser Akt betrachtet werden müsse, welcher nachtheilige Rechtsfolgen für den Verpflichteten nicht zu äußern vermöge (vergl. Leuenberger, Vorlesungen I pag. 568; Commentar von Rheinwald zu § 137 P: Windscheid Pand. § 108; Arndts Pand. § 110; Seuffert Archiv

Digitized by Google

XI, 7; XXVII, 88; XXXV, 265; Commentar von Schneider und Fick zum Art. 158 des Schweiz. O.-R.). Der Anspruch des Klägers ist daher gemäß § 328 P. in der That als erloschen bezw. verjährt zu betrachten und dem Beklagten demnach seine peremptorische Einrede als begründet zuzusprechen (§ 146, Ziff. 1 P).

71. Legitimation der Käsereigesellschaften zur Einklagung von Forderungen aus den Milchlieferungsverträgen.

Käsereigesellschaft Leuzigen c. Steiner.
Käsereigesellschaft Treiter c. Groß.

23. Oktober 1882.

Vgl. S. 53 im I. Heft dieses Jahrgangs.

Vorbemerkung. In den zahlreichen Prozessen, welche von Käsereigesellschaften oder ihren Mitgliedern gegen den Käser oder andere dritte Personen über Forderungen aus den Milchlieferungsverträgen geführt werden, spielt gewöhnlich die Frage der Aktivlegitimation eine große Rolle. Treten die einzelnen Mitglieder auf, so wird behauptet, die Forderung stehe der Gesellschaft zu, tritt die Gesellschaft auf, so wird ihr entgegengehalten, der Milchlieferungsvertrag sei von den einzelnen Mitgliedern abgeschlossen worden und nur diese seien forderungsberechtigt. Da es sich dabei nicht um die Frage der Prozeßfähigkeit sondern um die Sachlegitimation handelt, so hängt die Lösung meist von der Gestaltung des einzelnen Falles ab. Viele solche Streitigkeiten könnten vermieden werden, wenn die Gesellschaften beim Abschluß der Verträge die verschiedenen rechtlichen Beziehungen auseinanderhalten würden, welche dabei in Betracht kommen. Gesellschaften lassen die Milchlieferungsverträge nicht von den zur Vertretung der Gesellschaft bestellten Organen, sondern von den Milchlieferanten unterschreiben, theils um die statutengemäße Pflicht zur Milchlieferung in concreto und gegenüber dem Milchkäufer zu wiederholen, theils um solche Milchlieferanten, welche nicht Mitglieder der Gesellschaft sind, besonders zu verpflichten. Selten hat aber diese Unterschrift die weitergehende Bedeutung, daß nur die Einzelnen aus diesen Verträgen Rechte und Pflichten erlangen sollen, sondern in den meisten Fällen betrachten sich dieselben gewissermaßen als die Vertreter der Gesellschaft, der Vertrag lautet im Eingang gewöhnlich auf den Kollektiv-Namen der Gesellschaft und es soll dieselbe als eigentliche Kontrahentin gelten. Nun überläßt aber oft, wenn nur die Forderungen einzelner Mitglieder streitig sind, die Gesellschaft diesen die Einklagung derselben, während sie

Digitized by Google

in andern Fällen an der Stelle der Mitglieder klagend auftritt. Die Rechtsprechung des Appellations- und Kassationshofes hat sich dieser dualistischen Gestaltung günstig gezeigt*); auch in den vorliegenden Entscheidungen wurden die Einreden gegen die Aktivlegitimation der Gesellschaft abgewiesen. Die maßgebende Stelle der Erwägungsgründe im Urtheil Leuzigen c. Steiner, auf welche im Urtheil Treiten c. Groß verwiesen wurde, lautet:

„Der Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin gestützt darauf, daß er sich mit Bezug auf die laut Milchlieferungsvertrag vom 12. Dezember 1877 dem Christian Schöni verkaufte Milch vom 1 Mai 1878 bis 1. Mai 1879 nicht gegenüber der Käsereigesellschaft Leuzigen als solcher, sondern nur gegenüber denjenigen einzelnen Mitgliedern und Lieferanten als Nachbürge verpflichtet habe, welche jenen Vertrag unterzeichnet hätten. Es ist daher zu untersuchen, ob angenommen werden muß, der Milchlieferungsvertrag mit dem Käser Schöni sei nicht von der Käsereigesellschaft Leuzigen ausgegangen, sondern nur die unterzeichneten Gesellschaftsmitglieder und Lieferanten haben mit Schöni in ein Vertragsverhältniß treten wollen. Nun liegt es schon nach der Natur der Sache im Wesen einer Käsereigesellschaft, welche nicht nur die zum Betriebe der Käserei gemeinsamen Geräthschaften hält und solche dem Käser liefert, sondern als Zweck in ihren Statuten den Umsatz der Landesprodukte bezeichnet und welche in Betreff der Milchlieferung durch die Mitglieder gemeinsame statutarische Bestimmungen aufstellt, daß Milchlieferungsverträge mit dritten Personen von der Gesellschaft als solcher und nicht von einzelnen Mitgliedern derselben abgeschlossen werden. Die Bestimmung der Statuten, wonach die einzelnen Mitglieder den Milchlieferungsverträgen bei Folge des Ausschlusses beizustimmen haben, betrifft nur die innere Organisation der Gesellschaft und bezieht sich keineswegs auf Dritte, welche mit derselben contrahiren. Der Beklagte macht nun geltend, in den beiden Milchlieferungsverträgen vom 10. Sept. 1876 und vom 12. Dez. 1877 stehe über den Unterschriften die Bezeichnung: die Gesellschaftsmitglieder und Lieferanten. Diese Bezeichnung ist indeß in der Weise zu verstehen, daß damit gesagt sein soll, die Gesellschaftsmitglieder, welche auch Lieferanten sind, nicht aber kommt ihr die Bedeutung zu, als würde darin ein Gegensatz liegen zwischen den einzelnen Gesellschaftsmitgliedern, welche die Milchlieferungsverträge unterzeichneten und der Käsereigesellschaft Leuzigen als solcher. Es ergibt sich denn auch schon aus dem Concepte der Bürgschaftsverpflichtung

*) Vgl. Ztschr. XIX, S. 53.

Digitized by Google

des Beklagten, daß er gegenüber allen Gesellschaftsmitgliedern als Bürge Schöni haften wollte, denn es wird gesagt: Die Unterzeichneten verpflichten sich . . . für vorgenannte Milchlieferung vom 1. Mai 1878 bis 1. Mai 1879 solidarisch als unbedingte Bürgen zu haften, während laut dem Vertrage mit dem Käser Schöni vom 12. Dez. 1877 die Gesellschaftsmitglieder sich zur Lieferung dieser Milch verpflichteten. In seiner Ueberschrift lautet dieser Vertrag wirklich kollektiv auf die Käsereigesellschaft Leuzigen als die eine der contrahirenden Parteien. Sodann heißt es im Art. 10 des Vertrages, der Käser Schöni leiste der Gesellschaft zur Sicherheit für ihre Milchlieferung hinreichende und annehmbare Bürgschaft. Sinn und Absicht des Vertrages gehen offenbar dahin, daß die Gesellschaft als solche kollektiv an der Stelle aller milchliefernden Mitglieder und nicht die einzelnen unterzeichneten Mitglieder mit dem Käser contrahiren und für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Vertrage durch Bürgschaften gesichert sein wollte. Uebrigens hat der Beklagte schon früher an die Käsereigesellschaft Leuzigen auf Rechnung der von ihm verbürgten Schuld des Schöni, gemäß Abtretung des Letztern vom 14. Sept. 1878 einen Betrag von Fr. 13,300 bezahlt und ist schon deßhalb um so weniger berechtigt, die Aktivlegitimation der Klägerin heute anzufechten, als in jener Zahlung unter den obwaltenden Umständen eine Anerkennung dieser Legitimation erblickt werden muß.

72. Rückforderung einer wegen Unterlassung des Widerspruchs bezahlten Nichtschuld, § 442 B.-B. — Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der 6monatlichen Frist findet nicht statt.

Schuster c. Herter.

28. Oktober 1812.

Erwägungsgründe:

Daß im Vollziehungsverfahren in denjenigen Fällen, in welchen Restitution bei Versäumung zulässig ist, dies ausdrücklich angegeben ist und solche singuläre Bestimmungen nicht ausdehnend interpretirt werden dürfen, der § 442 einer möglichen Wiedereinsetzung aber keine Erwähnung thut; es sich also bloß fragen kann, ob gestützt auf § 96 B. Restitution verlangt werden kann und hierbei zu prüfen ist, ob die in Frage stehende Frist von 6 Monaten als eine materiell-rechtliche oder prozessualische

Digitized by Google

zusehen ist, indem dieser § sich nur auf prozessualische Fristen bezieht, bezüglich materiell-rechtlicher aber nicht Anwendung finden darf;

Daß die rechtliche Natur der Frist des § 442 B.-B. die gleiche sein muß wie diejenige der dadurch befristeten Klage;

Daß nun zwar die Rückforderungsklage des § 442 B.-B. auf die Eigenthümlichkeit des bernischen (deutsch-schweizerischen) Betreibungsverfahren zurückzuführen ist, wonach die Unterlassung des Widerspruchs gegen eine Zahlungsaufforderung die gesetzliche Fiktion der Anerkennung der Schuld begründet und abgesehen von der Frage, ob eine Schuld bestehe oder nicht, zur zwangsweisen Erwirkung der Zahlung auf dem Vollziehungswege berechtigt*);

Daß dessenungeachtet an der zivilrechtlichen Natur dieser Klage nicht zu zweifeln ist, indem sie dazu dient, in anderer Parteistellung und Gestaltung das vor der Betreibung zwischen Parteien bestandene allfällige Rechtsverhältniß zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung zu bringen.

73. Das Testament eines tauben mehrjährigen Bevogteten wird gültig erklärt, weil ihm dasselbe nicht nur vom Beistand vorgelesen, sondern auch von ihm selbst durchgelesen und bestätigt worden ist.

Gfeller c. Lüdi und Burkhalter (Compromiß).

28. Oktober 1882.

In Erwägung:

daß die Klägerin die letzte Willensverordnung deßhalb angreift, weil der Satz. 568 C. nicht Genüge geleistet worden sei, indem der Testirende taub gewesen sei, also das Vorlesen, wie es jene Satzung vorschreibt, nicht habe verstehen können, während die Beklagten den Willen des Erblassers trotzdem für hinlänglich dokumentirt halten,

daß der Erblasser mehrjährig bevogtet war und deßhalb die Satz. 568 C. hier Regel macht und es sich nun frägt, wie das darin vorgeschriebene „Vorlesen" zu interpretiren ist, wenn es sich um einen Tauben handelt; daß dieser Fall und dabei zu beobachtende besondere Förmlichkeiten im Gesetze nicht vorgesehen

*) Vgl. Ztschr. XVIII. S. 29 ff. Wir freuen uns, hier die Bedeutung dieser Rückforderungsklage durch den Apell.- und Kass.-Hof zum ersten Mal richtig gewürdigt zu sehen. Red.

Digitized by Google

sind, indem die Satz. 552 C. blos allgemeine Requisite aufstellt, welche in casu vorhanden waren,

daß nun nicht anzunehmen ist, es sei die Vorschrift der Satz. 568 C. hier streng wörtlich aufzufassen, sondern wie jede Formvorschrift, welche im gegebenen Fall nach ihrem Wortlaut keinen Sinn haben könnte, vielmehr nach ihrem Zweck und Geiste auszulegen ist, Sinn und Zweck der Vorschrift, daß das Testament vorgelesen werden müsse, aber nur der sein kann, daß alle bei'r Testamentserrichtung Mitwirkenden: der Testirende, dessen Beistand und die Zeugen unmittelbar vor der Unterzeichnung mit dem Inhalt in gleicher Weise bekannt gemacht werden sollen, — bei'm Lesen durch den Einzelnen für sich könnte Mißlesen vorkommen — um so einem Irrthum vorzubeugen; daß im Fragfall das Testament auch wirklich vorgelesen wurde; und was den Testirenden selbst betrifft, dieser vor dem Beistand und den Zeugen seinen Willen kundgab und letzterer sofort vom Notar zu Papier gebracht wurden, ferner der Erblasser das Testament ebenfalls in Aller Gegenwart durchlas und nachdem er sich so über dessen Inhalt vergewissert hatte, die Erklärung abgab, es sei richtig abgefaßt, worauf dasselbe vom Beistand und dem Notar, sowie hernach von den Zeugen unterzeichnet wurde, mithin eine genügende Kontrolle vorhanden war, daß die Fassung der letzten Willensverordnung den Willen des Erblassers deckte, also kein innerer Grund zur Cassirung vorliegt,

daß eben für Fälle, wo der Testirende nach der Voraussetzung des Gesetzgebers nicht selbst, wenigstens nicht allseitig sich vor Irrthum schützen kann, demselben ein außerordentlicher „Beistand" zur Seite gestellt wird, dessen Aufgabe es dann ist, darüber zu wachen, daß des Vögtlings Wille getreu zur Geltung komme und kein Mißbrauch stattfinde,

daß zudem bei streng wörtlicher Auffassung der Satz. 568 C. jedem mehrjährig bevogteten Tauben, wenn ihm auch sonst alle erforderlichen Eigenschaften zur Seite stehen, die Möglichkeit genommen wäre, über seinen Nachlaß letztwillig zu verfügen, und dies genau genommen auch für solche angenommen werden müßte, die Vorgelesenes nicht gut und rasch zu fassen vermögen, dieser Ausschluß einer ganzen Klasse von Personen von der Testirfähigkeit aber keineswegs im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben kann,

daß endlich im Fragefall alle vom Gesetz aufgestellten allgemeinen und speziellen Requisite vorlagen, namentlich auch der Zustand der Willensfreiheit des Testirenden genügend bescheinigt ist und auch die Förmlichkeiten im Uebrigen strikte beobachtet worden sind. *)

*) Vgl. hiegegen König, Civ.-Ges., erl., Bd. III, S. 114.

Digitized by Google

74. Miteigenthum — Beschluß der Mehrheit der Miteigenthümer in Bezug auf die Verpachtung einer Alpe für die Minderheit verbindlich.

Haldi c. von Grünigen (Compromiß).

3. November 1882.

In Erwägung:

daß die Satz. 396 C. Verfügungen der Mehrheit der Miteigenthümer in Betreff der ordentlichen Verwaltung oder Benutzung einer gemeinschaftlichen Sache für die Gesammtheit verbindlich erklärt und gleichzeitig bestimmt, daß die Mehrheit nach dem Verhältnisse der Antheile zu berechnen sei; daß im vorliegenden Fall dem Peter Haldi 20 Kuhrechte zustehen, dem Joh. Gottl. von Grünigen blos 5; mithin die Verfügungen des erstern in Betreff der ordentlichen Benutzung der Alpe für letztern unzweifelhaft verbindlich sind;

daß Satz. 397 C., wonach Verfügungen in Betreff der Substanz oder einer wesentlichen Veränderung der Benutzungsart für die Minderheit nicht verbindlich sind, wenn sie lieber aus der Gemeinschaft austreten will, hier nicht zutrifft, indem in der nunmehrigen gemeinsamen Verpachtung der Alpe gegenüber der früheren Benutzung keine wesentliche Aenderung in derselben erblickt werden kann, da Parteien angeben, daß schon seit sieben Jahren jeder, zwar separat, seine Rechte verpachtet habe;

daß vielmehr anzunehmen ist, es handle sich in casu bloß um eine Verfügung über die ordentliche Benutzung der Alpe, somit J. G. v. Grünigen sich nach Satz. 396 C. (vide oben) den Anordnungen des mehr berechtigten Peter Haldi fügen muß;

daß sich Parteien auch auf kein abweichendes Gewohnheitsrecht berufen haben.

75. Haftpflicht der Eisenbahnen. — Auslegung der Worte „beim Betriebe" in Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875. — Unfall beim Drehen einer Lokomotive auf der Drehscheibe zwischen Ankunft und Abgang eines Zuges.

Junker c. Jurabahn.

3. November 1882.

Erwägungsgründe:

Zwischen den Parteien waltet in rechtlicher Beziehung Streit darüber, ob der Unfall als „beim Betriebe" im Sinne des

Digitized by Google

Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschifffahrtsunternehmungen erfolgt zu betrachten sei. Der Anwalt des Beklagten hat in seinem heutigen Vortrage unter Berufung auf die Rechtsprechung der deutschen Reichsgerichte den Satz als ein Axiom hingestellt, daß nur solche Unfälle unter den Art. 2 des Bundesgesetzes fallen, welche in ursächlichem Zusammenhange mit der dem Eisenbahnbetriebe eigenthümlichen Gefahr stehen. Da nun der vorliegende Unfall beim Drehen einer stillstehenden Lokomotive und bei einer Verrichtung sich ereignet habe, welche bei jeder Lastenbewegung auch außerhalb des Bahnbetriebes vorkommen und gleiche Unfälle herbeiführen könne, so liege nicht eine diesem Betriebe eigenthümliche Gefahr als Ursache vor.

Dieser Auffassung kann aber nicht beigepflichtet werden. Was vorerst die hervorgehobene Interpretation der fraglichen Haftpflichtbestimmung betrifft, so ist dieselbe keineswegs so unbestritten, wie Beklagte es behauptet, es sind vielmehr dagegen sehr gewichtige Bedenken erhoben und begründet worden (Dernburg, Preußisches Prozeßrecht II, 3. Auflage, Seite 672, Anmerkung 9; Maudry, civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, 1. Auflage, Seite 359, Anmerkung 5). Auch die Praxis der deutschen Reichsgerichte selbst hat dieselbe nicht als starre und unabänderliche Regel betrachtet, sondern nur mit gewissen Einschränkungen durchgeführt. So haben das Reichsoberhandelsgericht (Entsch., Bd. 21, Seite 10) und das Reichsgericht (Bd. 3, Seite 21) angenommen, daß es genüge, wenn sich der unmittelbare oder mittelbare Zusammenhang derselben mit den eigenthümlichen Gefahren des Bahnbetriebs auch nur als möglich darstelle. In dem citirten Entscheide wird die ratio legis dieser Gesetzesstelle in folgender Weise dargelegt:

„Daß bei richtiger Auslegung des Reichshaftpflichtgesetzes ein Unfall dann als beim Betriebe der Eisenbahn eingetreten anzusehen ist, wenn er bei der Vorbereitung, der Durchführung oder dem Abschlusse des Betriebes sich ereignet hat und nach den Umständen mindestens ein mittelbarer Zusammenhang desselben mit der dem Eisenbahnbetrieb eigenthümlichen besondern Gefährlichkeit sich als möglich darstellt;

„daß es dagegen eine dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes widerstreitende Einschränkung desselben wäre und die Eisenbahnverwaltungen von dem ihnen obliegenden Beweise der höhern Gewalt oder des Verschuldens des Verletzten befreite, wenn neben der Feststellung, daß eine Verletzung in dem angegebenen Sinne beim Betriebe entstanden, noch die weitere gefordert würde, auf

Digitized by Google

welche bestimmte, mit dem Betriebe verbundene Gefahr der einzelne Unfall in höherm oder geringerm Maße zurückzuführen sei."

In Anwendung dieser Rechtsanschauung hat das Reichsoberhandelsgericht nicht Anstand genommen, die Haftpflicht für einen Unfall auszusprechen, welcher sich beim Wenden einer Lokomotive auf der Drehscheibe zutrug. Die daherigen, auch für den vorliegenden Fall zutreffenden Entscheidungsgründe lauten:

„Zum Betriebe einer Eisenbahn im Sinne des § 1 cit. gehört nicht blos die Beförderung von Personen und Gütern auf der Bahn, sondern auch alles dasjenige, was sich unmittelbar hieran anschließt, insbesondere auch die vorbereitende Handlung des Rangierens der Züge — vergl. Band XIX Seite 101. — Hieraus folgt, daß wenn zum Zwecke des Rangierens eine Lokomotive auf der Drehscheibe gewendet wird, auch diese Verrichtung zum Betriebe einer Eisenbahn gehört. Die Wendung auf der Drehscheibe bildet sogar bei Kopfstationen und meist für Rangierzwecke einen nothwendigen Bestandtheil des Eisenbahnbetriebes. Auch ist unter der bezeichneten Voraussetzung mit ihr eine dem Eisenbahnbetriebe eigenthümliche Gefahr immer, namentlich insofern verbunden, als der Eisenbahnbetrieb es erheischt, daß sie mit besonderer Raschheit und Pünktlichkeit ausgeführt werde, und als eine große, verhältmäßig unwiderstehliche Kraft in Bewegung gesetzt wird."

Das Schweizerische Bundesgericht hat bis jetzt die Worte „beim Betriebe" in Art. 2 des Haftpflichtgesetzes bloß in anderer als der hier in Betracht fallenden Richtung auszulegen gehabt und es kann deßhalb eine Berufung auf dasselbe nicht stattfinden (vergl. Entsch. VIII, Seite 94).

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Gesichtspunkte kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Unfall des Junker als beim Betriebe der Jura-Bern-Luzern-Bahn eingetreten zu betrachten und der Kläger demnach berechtigt ist, die Haftpflicht der Bahngesellschaft in Anspruch zu nehmen. Dem Einwande der Beklagten, daß Verrichtungen, wie diejenige, bei welcher der Unfall eintrat, auch außerhalb des Bahnbetriebs vorkommen und Unfälle hervorbringen können, somit keine dem Bahnbetrieb eigenthümliche Gefahr vorgelegen habe, kann aus dem Grunde kein Gewicht beigelegt werden, weil die fragliche Verrichtung nicht als isolirte, sondern in ihrem ganzen Zusammenhange mit den übrigen Verrichtungen des Verletzten und dem Bahnbetriebe zu würdigen ist. In dieser Beziehung ergibt sich thatsächlich Folgendes:

Der Bahnzug, dessen Durchführung den Anlaß zur Verletzung bildete, hatte auf der Station Convers eine Haltezeit von 10 Minuten. Während dieses Zeitraums hatte der Kläger folgende

Digitized by Google

Verrichtungen zu besorgen: Er mußte dem vom Tunnel du Mont Sagne herkommenden und in den Tunnel des loges einmündenden Zuge die Weiche stellen, das Signal zum Halten ertheilen, die Einfahrt der Wagen des Zuges auf's Geleise I (siehe den Plan) und diejenige der Lokomotive auf's Geleise II leiten, sodann der letztern auf eine nicht unbedeutende Entfernung bis zur Drehscheibe folgen, vermuthlich aufspringend, mitfahrend und bei'r letztern abspringend. Dort angekommen, mußte er mittelst eines Hebels den untern Riegel der Drehbrücke frei machen und sodann auch die Schließklappe oder den Fallriegel öffnen. Er hatte hier auch dem Zugpersonal das Commando zum Schieben zu ertheilen und die drehende Bewegung der Brücke durch volle Kraftanstrengung am emporstehenden Hebel des untern Riegels zu unterstützen. Daß beim Zusammendrängen so mannichfaltiger Verrichtungen auf den kurzen Zeitraum weniger Minuten für einen gewöhnlichen Angestellten nothwendig eine andere Situation entstehen mußte und damit eine größere Hast und Aufregung verbunden war, als bei'r Vornahme ähnlicher Verrichtungen in andern Betrieben, z. B. beim Wenden einer Lokomotive in der Lokomotivfabrik oder Reparaturwerkstätte, ist wohl nicht zu bestreiten. Aus der Kürze der Zeit zur Vornahme aller Manipulationen folgt auch, daß nicht auf jeden kleinen Umstand vorsichtig geachtet und nicht der Zustand jedes einzelnen Theiles der dazu dienenden Maschinen z. B. die Lage des Vorstellers am fraglichen Hebel, so genau untersucht werden konnte, wie es in andern Betrieben möglich ist. Was sodann die Angabe betrifft, daß die Zeit zur Vornahme der erwähnten Verrichtungen genügt habe, so kann dieselbe nur im Verhältniß zu den übrigen Zeiträumen im Eisenbahnbetriebe als richtig angesehen werden, während sie, worauf es hier ankömmt, für sonstige Verhältnisse nicht zutrifft. Endlich ist nicht außer Acht zu lassen, daß der Kläger im Zeitpunkte der fraglichen Verrichtungen mit geringen Unterbrechungen während 13 Stunden am gleichen Tage in anstrengendem Dienste gestanden hatte. Alle erörterten Umstände zusammengefaßt, lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß der Unfall Junkers auf die Eigenthümlichkeiten und besondere Gefahren des Eisenbahnbetriebs als Ursache zurückzuführen und die Haftpflicht für denselben durchaus begründet ist.

In Bezug auf die Frage, welcher Art die Verletzung gewesen und welches deren Folgen sind und für die Zukunft sein werden, stellt Professor Emmert, der im Auftrage des Klägers dessen eingehende Untersuchung vornahm, vorerst fest, daß der Gesundheitszustand des Klägers als nunmehr stabil geworden und für die Zukunft keinen wesentlichen Veränderungen mehr unterworfen an-

Digitized by Google

zusehen sei. Er kommt in seinem Gutachten zu dem Schlusse, daß die bei Junker vorhandenen Infirmitäten als bleibende nachtheilige Folgen des erlittenen Unfalls zu betrachten seien und für jetzt und die Zukunft dessen Arbeitsfähigkeit in einem Maße beschränken, daß Junker zu jeder mit körperlicher Anstrengung verbundenen Arbeit unfähig sei. Dieser Ansicht stimmen die ersten und zweiten gerichtlichen Experten auf Grund der vorgenommenen Untersuchung des Verletzten rückhaltlos bei. Junker kann daher weder den Eisenbahndienst wieder aufnehmen, noch auf sein früheres Gewerbe eines Zimmermanns zurückkehren. Zieht man ferner dessen niedrige Bildungsstufe und seine ausschließliche Gewöhnung bloß an schwere körperliche Arbeit in Erwägung, so ergiebt sich, namentlich auch mit Rücksicht auf sein schon vorgerücktes Alter, wenig Aussicht, daß er durch Erlernung einer anstrengungslosen Hausindustrie oder dergleichen eine neue Quelle des Verdienstes finden könne und ist demgemäß für Junker die eingetretene Beschränkung der Arbeitsfähigkeit in dem Grade, wie sie vorliegt, mit totaler Erwerbsunfähigkeit auf gleiche Linie zu stellen.

Aus diesen Gründen erscheint bezüglich der Art der zu leistenden Entschädigung eine Rente nicht als das Passende, indem es sich nicht blos um verminderte Erwerbsfähigkeit handelt, wo der Ausfall an bisherigem jährlichem Erwerb am passendsten durch Aussetzung einer Rente ersetzt wird, sondern um Ersatz der soviel als ganz weggefallenen einzigen Möglichkeit des Erwerbs durch Hände-Arbeit. Es liegt zudem eine innere Verletzung vor, deren Einfluß auf die Lebensdauer des Verletzten nicht bestimmt abzusehen ist, während vor dem Unfall die Constitution des Klägers mit großer Wahrscheinlichkeit auf eine längere Lebensdauer schließen ließ. Es rechtfertigt sich also hier die Zuerkennung einer fixen Aversalsumme. Zudem liegt auch kein Grund vor, in casu von der bisher geübten Praxis, wie sie vom Bundesgericht bestätigt worden, abzugehen (cfr. Judikate Husy c. J. B. L. B. vom 5. Mai 1881 und Rihs c. U. V. A. G. Winterthur, resp. J. B. L. B. vom 10. März 1881), indem hier die Beschränkung der Arbeitsfähigkeit sich der totalen Arbeitsunfähigkeit weit mehr nähert, als in den genannten Fällen.

Was sodann die Ausmessung des Schadens anbelangt, so dient als hauptsächlicher und einziger Anhaltspunkt die Besoldung, welche Kläger zur Zeit des Unfalls bezog, welche Fr. 1320 betrug, wozu noch freie Wohnung und theilweise Kleidung kam. Es ist danach und in freier Würdigung aller Umstände ein jährlicher Vermögensausfall von circa Fr. 1000, als in Betracht fallend anzunehmen, dem dann eine Aversalentschädigung von Fr. 10,000

Digitized by Google

entspricht, die hier als angemessen erscheint und sich namentlich auch mit den mehrerwähnten Judikaten in Einklang stellt.

Außer der Entschädigung wurden dem Junker noch Fr. 600 Heilungskosten zugesprochen.

76. Rechtsversicherung. — Der im Laufe des Prozesses eingetretene Rechtsbürge haftet für die Kosten des ganzen Prozesses.

Moser und Zingre c. Geschwister Haldi.

9. November 1882.

Christian Moser hatte gegen die Geschwister Haldi einen Rechtsstreit eingeleitet. Als derselbe bis zur Beweisführung vorgeschritten war, wurde Moser auf Begehren seiner Gegner verurtheilt, denselben Rechtsversicherung zu leisten. Als Rechtsbürgen verpflichteten sich Joh. Moser und Karl Emil Zingre. Nach ausgefülltem erstinstanzlichem Urtheile fiel der Kläger Moser in Geltstag. Seine Gläubiger beschlossen, der erklärten Appellation durch den Massaverwalter weitere Folge zu geben. Oberinstanzlich wurde die Klage abgewiesen und die kläger'sche Partei zur Bezahlung eines Prozeßkostenbetrages von Fr. 1214 an die Geschwister Haldi verurtheilt. Als letztere dafür einen Vollziehungsbefehl gegen die Rechtsbürgen Joh. Moser und Zingre herausnahmen, verlangten diese Kassation, soweit die Kosten vor der Rechtsversicherung und diejenigen nach Aufnahme des Prozeßes durch die Geltstagsmasse betreffend, wurden aber mit ihrem Begehren abgewiesen.

Erwägungsgründe:

1. Die Kassationskläger Moser und Zingre haben sich durch notarial. Akt vom 1. März 1880 zu Gunsten des Christian Moser gegenüber deren Prozeßgegnern, den heutigen Beklagten, als Rechtsbürgen verpflichtet und zwar lautet der hier maßgebende Passus: „Sie, die eingangsgenannten Zingre und Moser, verpflichten sich nun für Christian Moser in fragl. Geschäft als unbedingte Rechtsbürgen gegenüber seinen Prozeßgegnern, den Geschwistern Haldi, in der Weise, daß sie sich, im Falle eines ungünstigen Ausgangs des Prozeßes, für Moser für die Kosten der Gegenpartei haftbar erklären, und eintretenden Falls alles dasjenige zu leisten versprechen, wo zufolge § 51 und ff. P. von ihnen gefordert werden mag, bei Verbindung ihrer allgemeinen Habe und Güter in solidum.

2. Trotz des unbeschränkten Wortlautes dieser Verpflichtung bestreiten nun die Kassationskläger ihre Haftbarkeit für die einge-

Digitized by Google

forderten Prozeßkosten, insofern solche vor Eintritt der Pflicht zur Leistung der Rechtsversicherung oder nach der Uebernahme des Prozeßes durch die Gelttagsgläubiger des Chr. Moser entstanden.

Die Kläger zerlegen also die Prozeßkosten in 3 Theile und berufen sich dabei auf die Natur der Sache, die frühern Prozeßakten, den Bürgschaftsakt und das Gesetz, während die Beklagten unter gleicher Verweisung die Begründetheit des Kassationsbegehrens bestreiten.

3. Von einer solchen Theilung der Prozeßkosten sagt nun aber der oben angeführte Bürgschaftsakt durchaus nichts. Im Gegentheil geht aus dessen Wortlaut mit aller Deutlichkeit hervor, daß durch denselben Sicherheit für die Kosten des ganzen Prozeßes geleistet werden sollte, von dessen Anhebung bis zur Erledigung, indem sich ja die Bürgen noch ausdrücklich auf § 51 und ff. P. beziehen und da ist stets nur von Kosten des Prozeßes, nicht aber von einzelnen Theilen desselben die Rede.

4. Aber auch nach der Natur der Sache kann von einer Theilung der Prozeßkosten nicht die Rede sein. Zweck und Sinn jener Bestimmung des Prozeßes, daß ein Kläger unter gewissen Voraussetzungen der beklagten Partei Sicherheit für die Kosten des Prozeßes zu leisten habe, ist der, dem Beklagten für den Fall eines obsieglichen Urtheils Garantie zu geben, daß er sich für den Prozeßkostenaufwand, zu dem er vom Kläger gezwungen wurde, erholen kann, was sonst wegen Insolvenz oder Wohnsitz desselben außerhalb des Staatsgebietes zweifelhaft erscheint. Es sollen beide Parteien für Exequirbarkeit ihrer event. Kostenforderungen gleichgestellt werden. Diesen Schutz wollte aber der Gesetzgeber für die Kosten des ganzen Prozeßes, nicht bloß für einzelne Theile desselben gewähren, da, wenn einmal die Voraussetzung der Rechtsversicherungspflicht vorhanden ist, eben die Gefahr für alle Kosten gleichmäßig besteht. Somit hätte der Gesetzgeber für den Fall, wo erst im Laufe des Prozeßes eine jener Voraussetzungen eintritt, ebenfalls Sicherstellung bloß von diesem Stadium des Prozeßes an vorsehen müssen. In diesem Sinne, d. h., daß in Betreff der Sicherstellung die Prozeßkosten als etwas einheitliches untheilbares anzusehen seien, spricht sich denn auch die Litteratur aus (cfr. Rheinwald ad § 53 P. pag. 99). Ebenso kennt der gem. Deutsche und nun der Reichscivilprozeß eine derartige Sicherheitsleistung bloß für einzelne Theile des Prozeßes nicht, sondern spricht überall bloß von Kosten des Prozeßes.

Hieraus ergibt sich, daß der Einwand der Kläger bezüglich beider bestrittenen Kostentheile unstichhaltig ist. Bezüglich derjenigen Kosten, welche nach Aufnahme des Prozeßes durch die Gelttags-

Digitized by Google

masse entstanden, halten sich die Kläger ferner aus dem Grunde nicht für verpflichtet, weil von diesem Zeitpunkt an nicht mehr das gleiche Prozeßsubjekt vorhanden sei, für das sie sich verbürgt hatten. Dieser Ansicht kann aber nicht beigepflichtet werden, vielmehr ist rechtliche Identität zwischen Geltstager und Geltstagsmasse in vermögensrechtlicher Beziehung unbedingt anzunehmen, und zwar ganz abgesehen davon, ob die Succession in die Vermögensrechte des Geltstagers als Universal- oder Singularsuccession anzusehen ist.

6. Demnach ergibt sich für die klägerischer Seite geltend gemachten Kassationsgründe weder im Wortlaut des Bürgschaftsaktes, noch im Gesetze, noch auch in der Natur der Sache ein Anhaltspunkt, noch liegt sonst ein Grund vor, im Sinne der Kläger die Prozeßkosten zu theilen.

77. Das Honorar eines Fechtmeisters aus einem Anstellungsvertrage ist nicht Lidlohn im Sinne des § 584, litt. b B.-V. und genießt kein Vorrecht.

Gruner-Haller & Cie. c. Guibal.

10. November 1882.

Erwägungsgründe.

Die Hauptfrage im vorliegenden Rechtsstreite ist die, ob der Forderung des Einspruchsbeklagten im Geltstage Andresen das Vorrecht des § 584, litt. b. V. V. — Anweisung in Klasse III b. als Lidlohn — zukommen soll, oder nicht. In dieser Beziehung müssen die Grundsätze als maßgebend betrachtet werden, welche der hierseitige Gerichtshof in einem analogen Falle — vergl. das Urtheil vom 2. Dezember 1881 in Sachen L. A. Geiser und Mith. c. Cyrill Leblanc*) — zu den seinigen gemacht hat. Es wurde dort namentlich betont, daß jenes Privileg nur dann Platz zu greifen habe, wenn der Ansprecher zu dem Geltstager in einem gewissen persönlichen Abhängigkeitsverhältniß gestanden sei, welches ihn mehr oder weniger nöthigte, trotz der nicht rechtzeitigen Bezahlung des Lohnes bei seinem Dienstherrn auszuharren. Es genüge daher zur Begründung des gedachten Vorrechtes nicht der bloße Umstand, daß man mit Jemanden einen Arbeitsvertrag abschließe und sich dabei Bezahlung des Lohnes in bestimmten Fristen ausbedinge. Von diesem Standpunkt aus erscheint nun aber die Stellung des heutigen Einspruchsbeklagten noch ungünstiger, als es diejenige des Cyrill Leblanc in dem vorerwähnten Einspruchsprozeße war. Abgesehen nämlich davon, daß ein Fechtmeister nicht

*) Ztschr. XVIII 338.

Digitized by Google

als Dienstbote oder Arbeiter — Handwerker — im Sinne des § 584 lit. b. V.-V. gelten kann und daß das Aequivalent für seine Leistungen sich nicht sowohl als Arbeitslohn denn als Honorar qualifizirt, stand Guibal zu Andresen in einem durchaus freien Verhältnisse, welches er jederzeit auflösen konnte, wenn die Bedingungen nicht erfüllt wurden, unter denen er sich zur Ertheilung des Fechtunterrichtes bei Andresen anheischig gemacht hatte, während derjenige, welcher in eine Fabrik Arbeit liefert, immerhin bis zu einem gewissen Grade vom guten Willen des Fabrikherrn abhängig ist. Die Thätigkeit des heutigen Einspruchsbeklagten, welcher seit Jahren ständig in Bern als Fechtmeister etablirt ist, ging in seinem Anstellungsverhältnisse in Hofwyl nicht ausschließlich auf. Daraus ergiebt sich, daß die Anweisung des Einspruchsbeklagten in der dritten Klassen eine ungerechtfertigte war.

(Fortsetzung folgt.)

Nachtrag zum II. Quartal 1882.

Der Massaverwalter im amtlichen Güterverzeichniß ist den Gläubigern des Erblassers gegenüber befugt, Zahlungen zu leisten.*)

Vereinigungsmasse Straub c. Leihkasse Langenthal.
15. Juni 1882.

Der Massaverwalter im amtlichen Güterverzeichniß über den Nachlaß des gew. Müllers Joh. Straub in Wynigen hatte Erbschaftsgelder im Betrage von Fr. 14,800 an die Leihkasse Langenthal gegen Quittungen abgeliefert, welche die Summen als „in Conto-Corrent empfangen" bezeichneten. Der Erblasser war nun Schuldner der benannten Kasse für einige Tausend Franken gewesen und als infolge Ausschlagung der Erbschaft eine gerichtliche Bereinigung des Nachlasses angeordnet worden, behauptete die Kasse, einen Theil der fraglichen Gelder als Bezahlung dieser Schuld empfangen zu haben. Die Gläubigerschaft dagegen klagte auf Ablieferung dieses Betrages an die Masse. Sie wurde abgewiesen.

*) Vgl. Ztschr. XV, 529.

Digitized by Google

Erwägungsgründe:

..... Nach dem bisher Gesagten *) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die fragl. Einzahlungen des Iseli an die Beklagte auf Rechnung der Kreditschuld des Joh. Straub geleistet worden sind, und daß die vorliegende Klage von diesem Standpunkt aus nicht schlüßig ist.

Nun macht die Klägerin in zweiter Linie geltend: Auch dann, wenn angenommen werde, die Zahlungen des Massaverwalters seien wirklich zum Zwecke der Tilgung der Kreditschuld des Joh. Straub geleistet worden, sei die Beklagte zur Restitution verpflichtet, weil der Massaverwalter in einem amtl. Güterverzeichnisse zur Leistung von Zahlungen an Erbschaftsgläubiger nicht berechtigt und demnach die in Frage stehende Zahlung für sie, die Klägerin, unverbindlich sei. Es würde sich somit um die Rückforderung des an eine wirkliche Schuld Bezahlten handeln und eine solche könnte daher nur dann zuläßig sein, wenn die Zahlung selbst nichtig und somit für die Empfängerin Rechte zu begründen nicht im Stande wäre. Es fragt sich nun, ob Angesichts der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen die Nichtigkeit der fragl. Zahlung angenommen werden könne.

Diese Frage müßte bejaht werden, wenn im Gesetze die absolute Nichtberechtigung des Massaverwalters zur Bezahlung von Erbschaftsschulden ausgesprochen oder sich dieselbe aus den einschlägigen Bestimmungen ergeben würde. Allein dies ist nicht der Fall.

Die klägerische Masse beruft sich in dieser Beziehung vorerst auf Art. 1 des oben erwähnten Dekrets vom 26. Mai 1873 **). Die Vorschriften desselben sind aber rein administrativer Natur und beschlagen nicht die im Streit liegende Frage, sondern blos den Fall der Deposition von zu Handen der Masse eingehenden Geldern. Wenn sodann im Weitern darauf hingewiesen wird, daß der Massaverwalter in die Rechte und Pflichten eines außerordentlichen Beistandes eintrete, so ist hierauf zu erwidern, daß auch der a. o. Beistand, welcher nach Satz. 314 C. in Betreff der Verwaltung des Vermögens dem ordentlichen Vormund gleichgestellt ist, von sich aus Zahlungen für den Pupillen auf seine eigene Verantwortlichkeit gültig vornehmen kann, ohne an irgend welche Autorisation oder Genehmigung gebunden zu sein. Auch aus Satz. 648 bis 652 C., welche von den Pflichten des Massa-

*) Es handelt sich im Vorhergehenden um Erörterungen thatsächlicher Natur.

**) Ueber die Verwaltung der richterl. Depositengelder u. s. w.

Digitized by Google

verwalters in Bezug auf das Vermögen und die Schulden des Erblassers handeln, kann ein Verbot der Zahlung von Erbschaftsschulden nicht gefunden werden; dieselben enthalten vielmehr blos Vorschriften allgemeiner Natur in Betreff der Feststellung und Erhaltung des Vermögens. Es läßt sich im Gegentheil leicht denken, daß in Fällen, wo mit Einwilligung der vermuthlichen Erben und des Regierungsstatthalters das Gewerbe des Erblassers fortgesetzt wird, die Zahlung von bereits bestehenden Schulden zur Nothwendigkeit wird. Nach dem Gesagten kann von einer Nichtigkeit der fragl. Zahlung keine Rede sein und es muß dieselbe aus diesem Grunde, sowie nach dem Grundsatze, daß Rechtsgeschäfte möglichst aufrecht erhalten werden sollen, sowie angesichts der nicht einmal angezweifelten bona fides der beklagten Kasse als gültig und rechtsverbindlich betrachtet werden, wobei die Frage nach der Verantwortlichkeit des Massaverwalters gegenüber der Vereinigungsmasse offen bleiben mag. —

Solidarische Haftung aller successiven Besitzer einer ververpfändeten Liegenschaft. — Wirkungen des Ueberbundes. — Anbietungspflicht betr. Anweisung im Geltstag eines Solidarschuldners verneint.

Imer c. Geiser und Wittwe Walker.

21. August 1882.

Imer hatte laut Pfandobligation vom Jahr 1861 ein Kapital von Fr. 6000 an Franz Ludw. R. zu fordern. Das verpfändete Grundstück ging durch verschiedene Hände; insbesondere befand sich dasselbe eine Zeit lang im unvertheilten Miteigenthum von Gottfried W., Jean Geiser und Wittwe Walker, welche es an Karl L. verkauften. Bei allen Handänderungen war das Kapital von Fr. 6000 jeweilen überbunden worden. Karl L. fiel in Geltstag. Der Gläubiger Imer wurde auf den Grundsteuerwerth des unversteigert gebliebenen Pfandes im gebührenden Range angewiesen, erhielt aber bei Auflösung der daherigen „Gütergemeinschaft" nur Fr. 594. 95. Für den ungedeckten Rest seiner Forderung belangte er nun die obgenannten Vorbesitzer der Pfandsache, Jean Geiser und Wittwe Walker, unter Abzug jedoch eines Drittels der Kapitalsumme, weil er unterlassen hatte, in das amtliche Güterverzeichniß über den Nachlaß des seither verstorbenen Mitschuldners Gottfried W. eine Eingabe zu formiren (Satz. 697 C.?). Die Beklagten beriefen sich darauf, daß der Kläger unterlassen habe, ihnen die erhaltene Kollokation rechtzeitig anzubieten und verwen-

Digitized by Google

deten diese Einrede theils in uneinläßlicher, theils in einläßlicher Form. Die Klage wurde zugesprochen.

Erwägungsgründe:

Die peremptorische Einrede der Beklagten stützt sich auf keine der Voraussetzungen des § 146 P. und ist deßhalb abzuweisen. In der Hauptsache sodann frägt es sich vor allem, welches die Natur des zwischen Parteien obschwebenden Rechtsverhältnisses sei, ob dem Kläger gegenüber den Beklagten ein bloßer Regreßanspruch oder ein selbständiges Forderungsrecht zusteht. Nun kann hier von einem Rückgriffsrechte aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil L. nur Ueberbundsschuldner der Forderung von Fr. 6000 war, welche dem Kläger ursprünglich laut Pfandobligation vom 2. und 4. Nov. 1861 gegen F. L. R. und später gegen die Rechtsvorfahren der heutigen Beklagten als Ersteigerer des verganteten Unterpfandes zustand und weil nach Satz. 993 C. der ursprüngliche Schuldner neben dem Ueberbundsschuldner dem Gläubiger gegenüber solidarisch forthaftet. Somit war in casu eine Anbietung der im Gantstage L. erhaltenen fruchtbaren Anweisung gemäß Art. 595 B.-B. nicht nothwendig, indem eine solche Anbietung nur da einen Sinn haben kann, wo ein Regreß gewahrt werden soll, dagegen in allen Fällen der passiven Solidarität überflüssig und zwecklos ist. Der Umstand, daß in der Anbietungskundmachung vom 3./15. März 1881 von einem Rückgriff gesprochen wird, erscheint bei dieser Sachlage als völlig irrelevant. Es braucht daher die weitere Frage hier nicht erörtert zu werden, ob der Kläger durch die Theilnahme an der Gütergemeinschaftsaufhebungssteigerung das Recht verwirkt habe, den Beklagten die im Gantstage des L. erhaltene Anweisung behufs Wahrung des Regresses anzubieten, weil eben ihnen gegenüber kein Rückgriffsrecht gewahrt zu werden brauchte. Wenn die Beklagten sich auf das Urtheil vom 29. Juli 1881 in Sachen B. und W.*) berufen, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß dort beide Parteien sich auf den Standpunkt stellten, es handle sich um einen Regreßanspruch gegenüber B., und daß somit der Gerichtshof keine Veranlassung hatte, die Richtigkeit dieses Standpunktes zu prüfen, während in casu der Kläger in erster Linie von der Auffassung ausgeht, eine Anbietung der erhaltenen Anweisung an die Beklagten wäre gar nicht nothwendig gewesen. Diese beiden Streitfälle weisen daher eine wesentliche Verschiedenheit auf, so daß die Berufung von dem einen auf den andern

*) Ztschr. XVIII, S. 56. (In der Anm. zu Mot. 3 dieses Urtheils S. 58 l. c. ist zu lesen Bd. 17 statt 16.)

Digitized by Google

als unzulässig zu betrachten ist. Dem Kläger sind demnach seine Klagsbegehren zuzusprechen, unter Abzug des anerkannten Betrages von Fr. 594. 95, welchen er aus dem Geltstage L. erhalten hat. Die Unterlassung des Klägers, seine Eingabe in das amtliche Güterverzeichniß des W. zu besorgen, ist seinen Rechten aus dem Grunde unnachtheilig, weil zwischen den Beklagten und W. keine solidarische Haftung bestand und somit diese Unterlassung nur die Folge haben konnte, daß sich die Forderung des Klägers um den dem W. beziehenden Drittheil reduzirte.

Literarische Anzeigen und Besprechungen.

Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils. Etude de droit international par Léon Duguit, docteur en droit. — 1882, Paris, Thorin, éditeur.

Cette monographie composée dans le meilleur esprit, écrite dans un style simple et juridique, contient des vues originales sur un sujet qui offre le plus grand intérêt pour les jurisconsultes suisses: les conflits de législations relatifs à la forme des actes civils (V. Code fédéral des obligations, art. 10).

Après avoir indiqué ce que l'on entend par conflit de législations, l'auteur montre en quoi consiste le conflit relatif à la forme des actes. Tout acte juridique comprend deux éléments distincts, d'abord l'élément qu'on peut appeler *interne,* qui constitue le fond même de l'acte, et l'élément qu'on peut appeler *externe,* qui comprend tout ce qui matérialise l'acte juridique, tout ce qui le rend, en quelque sorte, visible, tout ce qui constitue sa *Sichtbarkeit,* pour employer une expression de Jhering. Cet élément externe se compose: 1° — des solennités prescrites pour la perfection de l'acte; — 2° des modes de preuve à l'aide desquels on peut l'établir. C'est à cet élément que l'on fait allusion en parlant de la *forme* des actes juridiques.

M. Duguit se propose d'étudier tous les conflits que soulève la forme des actes ainsi entendue.

Français, il fait porter avant tout ses investigations sur la jurisprudence française. De bonne heure l'on admit en France l'adage: «*Locus regit actum*»; les formes d'un acte

Digitized by Google

sont celles que fixent les lois du pays où l'acte intervient. On sait que les anciens jurisconsultes résolvaient la plupart des questions de conflits de lois par la distinction fondamentale du Statut personnel; de plus, on enseigne, en général, que les lois relatives à la forme des actes restaient en dehors de cette distinction. M. Duguit s'élève contre cette dernière idée. Il essaie d'établir que, dans le dernier état de la jurisprudence française, au 18e siècle, les lois relatives à la forme des actes rentrent dans le statut personnel et que, par suite, en cas de conflit, on doit appliquer la loi personnelle du rédacteur de l'acte. Si l'acte est un acte public, le rédacteur de l'acte est un officier public, on appliquera sa loi personnelle qui est en même temps la loi du lieu où il instrumente. Si l'acte est un acte privé, on appliquera la loi personelle des parties, parce que ce sont elles qui rédigent l'acte. M. Duguit est ainsi conduit à restreindre considérablement le domaine de la règle: «*Locus regit actum*»; elle ne s'applique, d'après lui, qu'à la forme instrumentaire des érits et seulement à la forme des écrits publics. Et telle serait aussi, affirme-t-il, la théorie admise par le Code civil français.

Cette manière d'entendre la maxime: «*Locus regit actum*» n'est ni celle de la jurisprudence française, ni celle des jurisprudences étrangères. Au contraire, la tendance du droit international moderne est d'élargir de plus en plus le domaine de cette règle. M. Duguit constate cette tendance; il fait mieux; il l'approuve. Dans la dernière partie de son œuvre il se place à un point de vue purement rationnel; il fait abstraction des textes, abstraction des précédents historiques; il arrive alors à cette conclusion: — qu'on doit toujours résoudre les conflits de législations relatifs à la forme des actes par l'application de la lex loci et que cette loi ne doit pas seulement être facultative, qu'elle doit être imposée aux parties.

Telles sont les idées les plus saillantes contenues dans la remarquable monographie de M. Duguit. Nous nous sommes contenté de les exposer; une critique sérieuse nous aurait demandé trop de développements et elle n'aurait pu dispenser de la lecture du livre lui même. Nous recommandons vivement aux lecteurs de la Revue ce travail si intéressant à tous égards, plein d'idées nouvelles, riche en renseignements sur les législations comme sur les jurisprudences

Digitized by Google

étrangères: quoiqu'il s'y trouve beaucoup de vues risquées, c'est une excellente étude de droit international privé.

J.-B. Brissaud.

König, Dr. K. G., Prof., Civilgesetzbuch ꝛc., Textausgabe. (Den genauen Titel siehe S. 185 im 1. Heft dieser Zeitschrift.) —

Eine neue Auflage der Textausgabe des bern. C.-G.-B. war infolge des Inkrafttretens des eidg. O.-R. geboten und allseitig erwünscht. Die letzte Ausgabe von Niggeler und Vogt war noch vor dem Gesetz vom 31. Dez. 1882 erschienen, welches einige wichtige Veränderungen in der Oekonomie unseres Civilrechts kraft kantonaler Souveränetät vorgenommen hat. Umfaßt also letzteres Werk ein weiteres Gebiet, indem es außer der Bundes- und Kantonsverfassung und den civilrechtlichen Bundesgesetzen, Konkordaten und Staatsverträgen, welche auch König gibt, noch den (freilich vom 1. Jan. 1884 an schon veralteten) Civilprozeß nebst Vollziehungsverfahren, sowie einige für den Praktiker wichtige Verwaltungsgesetze (Gerichtsorganisation, Administrativprozeß, Steuergesetze, Gemeindegesetze, Tarife), sodann den eidg. Civilprozeß sammt Gesetz über die Organisatiou der Bundesrechtspflege, das eidg. Bürgerrechtsgesetz u. s. w. enthält, — so ist dagegen für das bern. Privatrecht die vorliegende Zusammenstellung von Prof. König jetzt der einzige sichere Leitfaden. Zu bedauern ist, daß die Einarbeitung der eidg. Gesetze nicht überall nach den nämlichen Grundsätzen durchgeführt wurde, indem nämlich die Vorschriften über Ehe und Civilstandswesen unter die alten Rubriken des bernischen Gesetzgebers eingeordnet und dadurch aus ihrem Zusammenhange gerissen sind, während das B.-G. über das O.-R. zusammenhängend nach dem kantonalen Hauptstück „Persönliche Rechte" eingereiht ist. Für die Annehmlichkeit des Gebrauches hätte in manchen Beziehungen ein Mehreres im Sinne des leichten Nachschlagens gethan werden können, was namentlich von den verschiedenen Novellen und Anhängen gilt. So sind z. B. die Gesetze über Expropriation nicht mit Seitenüberschriften versehen und im alph. Register unter „Eigenthümer, Verpflichtung zur Abtretung" zu suchen. Das Wort Grundbuch fehlt im letztern, ebenso die Gesetze über Verpfändung von Eisenbahnen, Arbeit in den Fabriken u. s. w.; überhaupt wäre das Register noch mancher Ergänzung fähig. Doch ist diese Bemerkung wohl auf viele Arbeiten dieser Art anwendbar und ist die richtige Mitte zwischen Ueberfülle und Unvollständigkeit nicht leicht zu finden. Wo das O.-R. auf kantonales Recht verweist, hätte wenigstens der Fund-

Digitized by Google

ort der bezügl. bernischen Bestimmungen überall angeführt werden dürfen. Ungerne vermißt man die personen- und erbrechtlichen Bestimmungen der Staatsverträge, namentlich desjenigen mit Frankreich. Dagegen sind alle Conventionen über sog. literarisches und künstlerisches Eigenthum und den Schutz von Fabrik- und Handelsmarken sehr vollständig aufgenommen.

An Druckfehlern sind uns aufgefallen, daß S. 120 das Geständniß der Vaterschaft von einer öffentlichen Behörde, statt vor derselben abgelegt werden kann, ferner daß in Anm. al. 1, zu Satz. 434 auf Anhang II statt III verwiesen wird; siehe auch Haftpflicht bei (statt der) Eisenbahn- und Dampfschiff-Unternehmungen S. 616 ꝛc.

Wenn der Hr. Verf. im Vorwort von Flickereien ungeschickter Hände spricht, welche an dem bern. Recht zur Anwendung gekommen seien (Einführungsgesetz), so trägt er selbst einen Theil der Verantwortlichkeit für vorgekommene Fehler insofern, als er seine Mitarbeit in der betreffenden Kommission beharrlich verweigert hat.

Boßhard und **Weibel**, Sammlung der Luzerner Civil- und Civilprozeßgesetze (vgl. Ztschr. 1. Heft., S. 185).

Ohne diese Sammlung vom Standpunkte der Vollständigkeit aus beurtheilen zu können, müssen wir bezeugen, daß in klar übersichtlicher Anordnung die einschlagenden Theile des Luzerner Rechts nach ihrem heutigen Zustande dargestellt sind. Bei dem Abdruck des Obligationenrechts sind die Parallelstellen aus Niggeler und Vogt benutzt, aber auch die kantonalen Gesetze von Luzern, welche ausdrücklich vorbehalten sind, angeführt, bezw. eingeschoben. So bemerken wir z. B. zu Art. 890 O.-R. den Wortlaut des luzern. Ges. vom 16. Sept. 1867 über Abschaffung der Gewähr beim Viehhandel, welcher sich vor dem entsprechenden bernischen sehr vortheilhaft auszeichnet. Es lautet nämlich: „Bei dem Handel um Vieh aller Art, auch beim Handel um Pferde, findet wegen Gebrechen oder mangelnder Eigenschaften nur insoweit eine Gewähr statt, als zwischen den Parteien eine solche verabredet worden ist."

Mentha, Critique (den genauen Titel s. S. 186 hievor).

Dieses elegant geschriebene Büchlein ist vom Verf. dem seither verstorbenen Prof. Dr. E. Vogt, seinem frühern Lehrer, gewidmet. Es wird in demselben die Richtigkeit der Wiedergabe einiger technischer Ausdrücke der deutschen Rechtssprache im französischen Text des eidg. O.-R. angegriffen. So wird bestritten, daß „Begünstiger" (Art. 60) mit fauteur, „fällig" mit échu

Digitized by Google

(statt exigible), „überlassen" (beim Mieth- und Pachtvertrag) mit faire jouir, „Generalbevollmächtigter" in Art. 535 (Ernennung eines solchen fordert Einwilligung aller socii) mit fondé de procuration générale, „Kurator" (bei Zahlungseinstellung von Gesellschaften) mit curateur übersetzt werden durfte und überhaupt das Verfahren kritisirt, welches bei der Uebersetzung vorgewaltet habe. Ah, par quelle inutile fiction, ruft der Verf. S. 77 aus, a-t-on pu donner à notre texte français le caractère officiel? Il a été rédigé après coup, sur le texte allemand enfanté par les têtes germaniques qui ont conçu tout l'ouvrage. Chaque article a été traduit comme s'il formait un tout et l'on c'est peu soucié de la liaison qui l'attache à tous les autres. — Die Kritik geht hier wohl etwas weit und schließt zu sehr aus einzelnen vielleicht unterlaufenen Irrthümern auf das ganze System der Uebersetzung. Von den uns zu Gesicht gekommenen Besprechungen wird die Schrift gelobt (Journ. des Trib. v. 7. Apr. 1883 und Repertorio di Giur. Patr. v. 15. gl. Mts.); doch hat Hr. Nessi in dem erstcitirten Blatt, 9. Juni 1883, gezeigt, daß der Ausdruck fauteur für Begünstiger der — man verzeihe das Wort — lingua eidgenossica schon seit dem Bundesstrafrecht von 1853 angehört. Ohne uns über diese linguistischen Feinheiten ein Urtheil zu erlauben, möchten wir hingegen auf den letzten Abschnitt der M.'schen Arbeit etwas näher eintreten, in welchem er die Art. 199, 204, 205 und 207 O.-R., betr. Eigenthumsübergang an Mobilien, bespricht. Er stellt hier folgende Sätze auf:

Bei Mobilien ist die Innehabung das einzige äußere Zeichen des Eigenthums; der Detentor muß Dritten gegenüber als Eigenthümer gelten. Wer Jemandem seine bewegliche Sache anvertraut, setzt sich der Gefahr aus, daß sie in dessen Händen zu Grunde geht, verschlechtert oder — veräußert wird. Auch im letztern Falle soll der Nachtheil den frühern Eigenthümer, nicht den gutgläubigen Erwerber treffen, denn: casum sentit dominus; dieser konnte sich vor Schaden wahren, der Erwerber nicht. Daher der Satz: Hand wahre Hand, — en fait de meubles etc. Im ältern röm. Recht findet der Verf. ebenfalls die Tendenz, Eigenthum und Besitz möglichst ungetrennt zu halten, in dem Institut der fiducia, im „Pfandrecht" mit Eigenthumsübertragung an den Gläubiger, und im spätern R. Rt. in den Grundsätzen über Tradition, insonderheit beim Kaufe. Der Käufer trägt die Gefahr und erwirbt den Zuwachs von dem Moment des Vertragsschlusses hinweg, wird aber erst Eigenthümer mit demjenigen der Uebergabe, d. h. des Besitzwechsels. Dies war aber nur das Eigenthum gegenüber

Digitized by Google

Dritten; in Wirklichkeit, unter Parteien, geht das Eigenthum auch nach R. Rt. durch den Vertrag über. Dem Verkäufer bleibt nur die Möglichkeit der Veräußerung, so lange er Besitzer ist und dies hat seinen Grund darin, daß eben Dritte, welche mit dem Verkäufer über die nämliche Sache kontrahiren, nicht durch einen bloßen Schein des Eigenthums getäuscht werden sollen. Der Grund des Satzes von der Nothwendigkeit der Tradition fällt also zusammen mit dem Grund des Satzes: Hand wahre Hand. Vermittelst dieses Satzes konnte nun aber das franz. Recht jenen Dualismus des römischen fallen lassen und sagen: Das Eigenthum in seiner Totalität geht mit dem Vertrag auf den Erwerber über: wer aber in gutem Glauben vom besitzenden Nichteigenthümer (Verkäufer) die bereits veräußerte Sache erwirbt, wird Eigenthümer; das Eigenthum des nichtbesitzenden ersten Käufers erlischt; denn warum hat er die Sache nicht in Besitz genommen? — Damit ist auch die Unbilligkeit gehoben, welche darin lag, daß das R. Rt. die Gefahr ohne das Eigenthum auf den Käufer übergehen ließ. — Indem nun das O.-R., — so argumentirt der Verf. weiter — den Satz Hand wahre Hand aus dem französischen, das Erforderniß der Tradition aber aus dem R. Rt. recipirt hat, kommt es mit sich selbst in Widerspruch. Wenn daher Jemand dieselbe Spezies zweien Personen nach einander veräußere und dem zweiten tradire, so könne nach dem Buchstaben des Art. 129 der erste Erwerber gegen den zweiten mit der Eigenthumsklage nicht aufkommen, trotzdem dieser von dem ersten Verkaufe gewußt habe, was gegen die Moral und den gesunden Menschenverstand verstoße. Gegen diese Buchstabenauslegung glaubt er indeß eine andere zur Geltung bringen zu können, welche den bei Kaufgeschäften anzuwendenden Aequitätsgrundsätzen zu entnehmen wäre u. s. w.

Die Behandlung dieser Frage durch das O.-R. stimmt indeß mit so vielen bisherigen deutschen und schweizerischen Partikularrechten überein, daß man ihm jedenfalls den Vorwurf, etwas bisher Unbekanntes geschaffen zu haben, nicht machen kann. — Sodann ist die Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage, der Frage also, ob der erste nicht besitzende Käufer, die Sache von dem zweiten, besitzenden Käufer, dir von dem ersten Kaufe wußte, mithin mala fide war, auch nach dem C. civ. gar nicht sicher; bedeutende Vertreter der franz. Doktrin fordern lediglich juristischen Besitz (Zachariä-Puchelt § 215 a; Aubry u. Rau II, § 183 u. A. m.), um den Satz en fait de meubles possession vaut titre zur Anwendung bringen zu können, ohne Rücksicht auf Redlichkeit oder Unredlichkeit. Endlich ist ja auch der vorausgesetzte Fall ein höchst unwahrscheinlicher; denn der Verkäufer hat kein

Digitized by Google

denkbares Interesse, dem zweiten Käufer von der bereits vorgenommenen Veräußerung Kenntniß zu geben. Speziell vorgesehen ist der Fall im preuß. L.-R., welches dem ersten Erwerber zwar kein Eigenthum, aber ein „Recht zur Sache" gibt, kraft dessen er es vom zweiten Erwerber, der sie in Kenntniß des Bestehens eines ältern Anspruchs erworben, herausfordern kann. Die Klage wird mit der actio Pauliana in Verbindung gebracht, mit der sie in der That große Aehnlichkeit hat. Es ist nichts Anderes als eine Dolusklage (Dernburg, pr. Pr.-R. I, 435), und es ließe sich fragen, ob Art. 50 O.-R. nicht auch auf diesen Fall anwendbar wäre. Der zweite Erwerber schädigt in widerrechtlicher Weise den ersten, indem er ihm das Objekt entzieht, auf welches dieser einen bestimmten Anspruch gegenüber seinem Schuldner, dem Verkäufer, besitzt. —

(Fortsetzung folgt.)

Anzeige eingelangter Schriften.

Rechtskalender der schweiz. Eidgenossenschaft, herausgegeben von F. Schlatter. Schlußlieferung. Zürich, Schultheß. Enthält eine Anzahl Zusätze und Berichtigungen.

Das **schweiz. Obligationenrecht** mit allgemein-faßlichen Erörterungen, von Schneider u. Fick, zweite verbesserte Auflage, erstes und zweites Bändchen Art. 1—515. Zürich, Schultheß.

Das **schweiz. Obligationenrecht.** Textausgabe mit Anm. von Hafner, 2. (Schluß-)Lieferung.

Sträuli, Dr. E., Obergerichtspräsident, Kommentar zum Gesetz über die zürcherische Rechtspflege. Winterthur, Bleuler.

König, Prof. Dr. C. G., Bern. Civil- und Civilprozeßgesetze, nach den Entscheidungen des App.- und Kass.-Hofes und des Bundesgerichtes erläutert und herausgegeben. Bd. III, 2. Abth. Erbrecht, 1. Lief., Satz. 499—583. Bern, Wyß.

Digitized by Google

Entscheid des Regierungsrathes.

Die Vormundschaftsbehörden sind in Bezug auf ihre Funktionen gegenüber unabgetheilten Wittwen nicht abhängig von Weisungen der Administrativbehörden. — Emanzipationsgesetz. —

29. Juli 1882 *)

Die Beschwerdeführerin ist die Wittwe des am 3. Januar 1880 verstorbenen Friedrich Meyer, gew. Weber von und zu Attiswyl, mit welchem sie ein gegenwärtig noch minderjähriges Kind erzeugte. Ueber die Verlassenschaft des Friedrich Meyer wurde ein amtliches Güterverzeichniß aufgenommen, in welches nicht gerade eine große Schuldenmaße, aber sehr bedeutende Bürgschaftsansprachen eingereicht wurden. Mit Rücksicht auf letztere wurde das Erbe von der Vormundschaftsbehörde von Attiswyl, Namens des minderjährigen Kindes Meyer ausgeschlagen; die Wittwe des Meyer dagegen trat die Erbschaft an. Bald darauf, im Jahr 1881, beabsichtigte dieselbe, zum Zwecke der Abzahlung einiger betriebener Schulden und des Ankaufs einer Kuh ein Darlehen von Fr. 700 aufzunehmen und dem betreffenden Gläubiger dafür eine Pfandobligation auf ihr Heimwesen auszustellen. Sie ließ deßhalb eine Liegenschaftsbeschreibung abfassen und dieselbe mit den gesetzlichen Bescheinigungen versehen. Nun weigerte sich aber die Vormundschaftsbehörde von Attiswyl wiederholt, Namens des minderjährigen Kindes Meyer die nach Art. 6 des Emanzipationsgesetzes erforderliche Einwilligung zu dem Geldaufbruche zu ertheilen. Frau Meyer reichte deßhalb unterm 16. Mai 1882 dem Regierungsstatthalteramt Wangen eine Beschwerde ein, worin sie den Antrag stellte:

1. Die Vormundschaftsbehörde von Attiswyl sei schuldig zu erklären, die Zustimmung zur Errichtung einer Pfandobligation von Fr. 700 Seitens der Beschwerdeführerin zu ertheilen;
2. dieselbe sei grundsätzlich zum Ersatz des Schadens, den sie durch ihre Weigerung in Betreff der quäst. Zustimmung verursacht, zu verurtheilen;
3. die Vormundschaftsbehörde sei gegenüber der Beschwerdeführerin zu sämmtlichen Kosten zu verurtheilen.

*) Vgl. Ztschr. XVIII 299.

Digitized by Google

Nachdem hierauf die Vormundschaftsbehörde von Attiswyl ihre Antwort, in welcher sie Abweisung der Beschwerde beantragte, eingereicht hatte, verfügten Sie*) durch erstinstanzlichen Entscheid vom 21. Juni 1882:

„Die Vormundschaftsbehörde von Attiswyl wird schuldig erklärt, die verlangte Zustimmung zu ertheilen; dagegen wird solche „(sic!) mit ihrem zweiten Antrag auf grundsätzliche Verurtheilung „zum Schadenersatz der ihr durch die Weigerung entstanden, abgewiesen. Die Kosten hat die beklagte Behörde zu tragen.

„Solche werden bestimmt:

„a) die Kosten der Beschwerdeklägerin auf . Fr. 46. 65

„b) die Untersuchungs- und Gerichts(?)kosten auf „ 19. 60

Summa Fr. 59. 25"

Gegen diesen Entscheid hat die Vormundschaftsbehörde von Attiswyl den Rekurs an uns erklärt, ohne indessen ein Rekursmemorial einzureichen. Sie sagt in ihrer Rekurserklärung, sie bleibe bei ihrer Ansicht, daß eine Vermögensverminderung in Frage sei und daß eine Einwilligung nicht erzwungen werden könne.

In einer Eingabe vom 25. dieß macht Frau Meyer auf die nachtheiligen Folgen aufmerksam, welche eine Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides für sie hervorrufen müßte, und empfiehlt diese Folgen unserer Berücksichtigung.

Nach darüber angehörtem Vortrage der Justizdirektion haben wir

in Betrachtung:

1. Daß nach Art. 6 des Emanzipationsgesetzes vom 27. Mai 1847 die unabgetheilte Wittwe gehalten ist, zu allen wesentlichen Kapitalveränderungen oder Verminderungen die Einwilligung oder Genehmigung der Vormundschaftsbehörde, Namens der unter elterlicher Gewalt stehender Kinder einzuholen;

2. daß es nun in der Natur der Sache liegt, daß ein direktes Zwangsmttel zur Ertheilung einer Einwilligung oder Genehmigung nicht besteht und daß dieser Akt ausschließlich der freien Entschließung der Vormundschaftsbehörde, in richtiger Würdigung aller zutreffenden Umstände des einzelnen Falles, entspringen kann;

3. daß aber auf der andern Seite ebenso selbstverständlich ist, daß eine Vormundschaftsbehörde, welche gegen besseres Wissen, oder indem sie es unterläßt, die von der Wittwe zur Rechtfertigung einer vorzunehmenden Kapitalveränderung oder Verminderung vorgebrachten Gründe den obwaltenden Verhältnissen entsprechend zu

*) Das Schreiben ist an das Regierungsstatthalteramt Wangen gerichtet.

Digitized by Google

würdigen, die Genehmigung der Kapitalveränderung oder Verminderung verweigert und durch ihre unbegründete Weigerung die Wittwe in ihren ökonomischen Interessen schädigt, zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet wird (Satz. 210 C.);

4. daß indessen die Beurtheilung eines Schadensersatzanspruches den Administrativbehörden nicht zusteht, sondern Civilrechtssache ist;

erkannt:

Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides u. s. w.

Digitized by Google

Druckfehler

in dem

Heft I der Zeitschrift, Bd. 19.

Seite 65, Anmerkung *) am Ende: Das Citat muß lauten: R O H G. Bd. V, S. 105 ff.

„ 124: Rekurs Bernasconi u. Genossen.

„ 187, setze: A. vor: „Die Hauptrevisionspunkte".

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift
des
Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIX. 3. Heft. 1883.

Rechtsprechung des bernischen Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1882. — Schluß.

Mitgetheilt von Herrn Oberrichter Lienhard.

78. Actio Pauliana. — Wer einen gültigen Anspruch auf die Errichtung eines Pfandrechtes hat, kann sich dasselbe auch nach erfolgter Zahlungseinstellung durch den Schuldner noch einräumen lassen.

Konkursmasse der Kantonalbank von Wallis c. Berner Handelsbank. *)

16. November 1882.

Unterm 1. Februar 1870 wurde zwischen der Berner Handelsbank in Bern und der „Kantonalbank" von Wallis, einer Aktiengesellschaft, ein Vertrag abgeschlossen, durch welchen die erstere sich verpflichtete, der letztern ein Anleihen von zwei Millionen Franken zu beschaffen. Als Sicherheit für das Anleihen sollte die Schuldnerin der Gläubigerin grundpfändliche Titel im Betrage von $2^1/_2$ Millionen Franken faustpfändlich hinterlegen und zwar nach den

*) Die Mehrzahl der Fragen, welche in diesem bedeutenden Prozesse zur Erledigung gelangten, wurden auf Grundlage der Statuten der Kantonalbank und der Walliser Gesetzgebung entschieden und bieten daher wenig allgemeines Interesse. Wir entheben dem Urtheile den Thatbestand und die Motive nur soweit es die mitentschiedene Actio Pauliana betrifft, welcher Theil auch für die bern. Rechtspraxis und Doktrin von Bedeutung ist.

Digitized by Google

im Kanton Bern geltenden Formen. Diese Titel sollten erst noch durch die Schuldner unversicherter Kredite der Kantonalbank von Wallis ausgestellt und dann der Berner Handelsbank übergeben werden. Die Handelsbank erfüllte die übernommenen Verbindlichkeiten, indem sie das versprochene Darlehn durch Einlösung von Anweisungen der Walliser Kantonalbank ausbezahlte. Anderseits wurden ihr von der letztern im Laufe des Jahres 1870 für Fr. 2,204,704. 65 zu verpfändende Titel übersandt. Dagegen wurde die Errichtung eines förmlichen Faustpfandvertrages unterlassen. Ende des Jahres 1870 gestalteten sich die finanziellen Verhältnisse der Walliser Kantonalbank sehr ungünstig, und nachdem der Große Rath von Wallis die Ermächtigung zu einem Anleihen von $2^1/_2$ Millionen Franken verweigert hatte, beschloß der Verwaltungsrath derselben unterm 31. Dezember 1870, die gerichtliche Liquidation der Bank anzubegehren und die Aktionärversammlung auf den 12. Januar 1871 zur Ratifikation dieses Beschlusses einzuberufen. Gleichzeitig erließ der Verwaltungsrath an die Gläubiger und Korrespondenten der Bank ein Cirkular, womit dieselben vom Stande der Sache in Kenntniß gesetzt und ihnen die Bildung eines aus 3 Mitgliedern bestehenden Verwaltungskomite's mitgetheilt wurde. Endlich suchte der Verwaltungsrath beim Gerichtspräsidenten von Sitten um die provisorische Eröffnung des Konkurses nach, welchem Ansuchen der Richter unterm 2. Januar entsprach und unterm 6. Januar, beides 1871, eine entsprechende Publikation im Amtsblatt erließ. Unterm 2. und 6. Januar hatte auch der Verwaltungsrath der Berner Handelsbank Sitzungen abgehalten und das Fehlen eines förmlichen Faustpfandvertrages bemerkt. Er sandte sofort einen Delegirten nach Sitten, welcher unterm 7. Januar vom Präsidenten und Sekretär des Verwaltungsrathes eine Vollmacht zur Errichtung des Pfandvertrages auswirkte, welche in der Sitzung des Verwaltungsrathes selbst vom 11. gl. Monats ratifizirt wurde. Unterm 10. Januar wurde sodann zwischen dem Inhaber der Vollmacht und den Vereretern der Berner Handelsbank der Faustpfandvertrag in Bern in aller Form Rechtens abgeschlossen. Nachdem die Aktionärversammlung der Walliser Kantonalbank unterm 12. Januar die Schlußnahme des Verwaltungsrathes genehmigt hatte, wurde unterm 14. Januar vom Gerichtspräsidenten von Sitten der definitive Konkurs über das Institut eröffnet und im Amtsblatt vom 20. Januar 1871 publizirt. Im Konkurse wurde vorerst die Admassamziehung der der Berner Handelsbank hinterlegten Titel nicht verlangt und die Darlehnsforderung durch die Liquidationsbehörden anerkannt. Später trat jedoch der Vertreter (défenseur) der Masse klagend auf und verlangte unter

Digitized by Google

anderm Ungültigerklärung des Faustpfandvertrages und Herausgabe der Titel an die Geltstagsmasse. Neben vielen formellen Einwendungen gegen den Darlehns- und den Faustpfandvertrag behauptete er bezüglich des letztern namentlich, er habe nach der provisorischen Verhängung des Konkurses nicht mehr gültig abgeschlossen werden können und enthalte überdieß eine fraudulöse Verkürzung der Gläubiger. Die Klage wurde als unbegründet abgewiesen.

Die einschlagenden

Erwägungsgründe

lauten:

Während in der Klage sowohl die Art. 1049 und 1050 des Walliser Civilgesetzbuches als die Art. 224 und 228 des bernischen Strafgesetzbuches als Entscheidungsnormen angerufen wurden, hat sich der Anwalt der Klägerin im heutigen Vortrage ausschließlich auf die letztern Bestimmungen des bern. Rechts gestützt. Die Beklagte hat diesen Standpunkt acceptirt. In Wirklichkeit kommt hierauf nichts an, da das Resultat in casu das nämliche ist, werde nun die eine oder die andere dieser Gesetzgebungen zu Grunde gelegt. Das bern. Strafgesetzbuch unterwirft Pfandbestellungen der Anfechtung, wenn sie sich als widerrechtliche Begünstigung darstellen, und alle Betheiligten bei einiger Aufmerksamkeit deren Unredlichkeit einsehen konnten. Das Walliser Civilgesetzbuch fordert zur Begründetheit der Paulianischen Klage: bei onerosen Rechtsgeschäften, daß auf beiden Seiten, bei lukrativen, daß auf Seite des Schuldners die fraudulose Absicht nachgewiesen sei. Nach beiden Gesetzgebungen ist eine Benachtheiligung der Gläubiger die selbstverständliche weitere Voraussetzung des Rechtsmittels.

Nun scheinen beide Parteien anzunehmen, daß ohne die Errichtung des angefochtenen Faustpfandvertrages die verpfändeten Hypothekentitel in die Konkursmasse der Walliser Kantonalbank gefallen wären und zur Befriedigung aller Gläubiger hätten dienen müssen, und daß demnach der Abschluß dieses Rechtsgeschäfts eine nachtheiligere Stellung der Gläubiger bewirkt habe.

Es frägt sich demnach nur, ob die betrügerische Absicht und conscientia fraudis der Kontrahenten im Sinne obstehender Bestimmungen nachgewiesen sei.

In dieser Beziehung ist von der Klägerin wesentliches Gewicht darauf gelegt worden, daß die bei Verschreibung des Faustpfandvertrages mitwirkenden Vertreter und Organe der Berner Handelsbank schon damals Kenntniß von der mißlichen finanziellen Lage der Walliser Kantonalbank gehabt haben. Der Beweis dieser Kenntniß ist auch durch die Aussagen der Zeugen v. B. und St.

Digitized by Google

genügend erbracht. Diese Kenntniß für sich allein bildet aber noch kein genügendes Moment für die Annahme betrügerischer Absicht. Es hätten auch Thatsachen dafür angebracht werden müssen, daß die Sicherheitsleistung gerade auf diese Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit auf Seite von Schuldnerin und Gläubigerin und die daraus zu folgernde Absicht der Begünstigung als Ursache zurückzuführen sei, daß wenigstens die Insolvenz den Anstoß zu der Verpfändung gegeben habe. Solche Thatsachen sind von der Klägerin nicht aufgeführt worden und es steht vielmehr in dieser Richtung folgendes fest:

Die Pfandbestellung war von der Walliser Kantonalbank der Berner Handelsbank bereits in dem Anleihensvertrage vom 1. Febr. 1870 in gültiger Weise zugesichert worden. Diese Zusicherung bildete eine der wesentlichen Vertragsbedingungen, unter welchen sich die Beklagte zur Hingabe des Darlehens von 2 Mill. Franken verpflichtete. Ohne das Versprechen der Pfandbestellung hätte die Berner Handelsbank den Darlehensvertrag überhaupt nicht abgeschlossen und wäre somit nicht Gläubigerin der Walliser Kantonalbank geworden. Durch die Mitwirkung zur Perfektion der Faustpfandbestellung haben die Behörden der Walliser Kantonalbank somit nur einer gültig übernommenen Rechtspflicht genügt, welche früher als der Konkursanspruch der Gläubiger auf gemeinsame Befriedigung entstanden war und deren Erfüllung somit keine Verletzung des letzteren involviren konnte. „Es ist dem Schuldner erlaubt, einem Gläubiger zum Nachtheil der übrigen zu leisten, was ihm gebührt, aber es ist ihm nicht erlaubt, die gesetzliche Regel über die Ordnung, in welcher die Gläubiger künftighin befriedigt werden sollen, zum Nachtheil eines derselben zu verkehren." (Windscheid Pand. II, § 463; fr. 6, §§ 6, 7 quae in fraudem cred. 42. 8; fr. 129 pr. de reg. jur. 50, 17.)

Bei Verpfändungen ist zu unterscheiden, ob die Einräumung des Pfandrechts mit der Entstehung der Forderung im Zusammenhange steht. Die Pfandbestellung für ein vetus creditum nach eingetretener Insolvenz, ohne daß der Gläubiger eine solche früher ausbedungen hatte, enthält zweifellos eine widerrechtliche Begünstigung des einen Konkurs-Gläubigers vor den andern. Dagegen ist es an sich ebensowenig verdächtig, wie eine Veräußerung von Sachen zu ihrem wahren Werthe, wenn nach dem Eintritte der Insolvenz Geld gegen Verpfändung von Sachen geliehen wird (Zeitschrift des bern. J.-V. VI, S. 81, Masse Geiser c. Geiser). Mit dieser gleichzeitigen Pfandbestellung steht es aber auf gleicher Linie, wenn schon beim Entstehen der Forderung ein gültiger Anspruch auf die Sicherung erworben und während vorhandener Dispositionsfähigkeit

Digitized by Google

des Schuldners erfüllt wurde (vgl. Motive zur deutschen Konkursordnung, S. 130 ff.; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 5, S. 110; 7, 333; 19, 408. Seuffert's Archiv XVIII, 287; XXI, 187; XXVII, 194; Entscheid des Appell.-Gerichts von Basel-Stadt vom 7. Sept. 1882 in Zeitsch. für schweiz. Recht, N. F., Bd. I, S. 473).*)

Die deutsche Konkursordnung, welche strengern Anfechtungsgrundsätzen huldigt, als die Berner- und die Walliser-Gesetzgebung, stellt in § 23, Ziff. 2 die Vermuthung auf, daß vom Gemeinschuldner 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder nach dem Eintritte derselben vorgenommene Sicherstellungen oder Befriedigungen in fraudulöser Absicht erfolgt seien, nimmt aber von dieser Vermuthung diejenigen Rechtshandlungen aus, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, auf die er in der Art und zu der Zeit einen Rechtsanspruch hatte. Im vorliegenden Falle hatte überdieß die Uebergabe und die dadurch vollzogene Spezialisirung der Faustpfänder noch vor dem Zeitpunkte stattgefunden, in welchem die Zahlungsunfähigkeit der Walliser Kantonalbank den Beklagten bekannt geworden war. Die Errichtung des Faustpfandvertrages enthält nach dem Gesagten blos eine Wahrung berechtigter Interessen nach dem Grundsatze: jura vigilantibus sunt scripta. Wäre dieselbe unterblieben, so hätten die andern Gläubiger auf Kosten der Beklagten eine geradezu ungerechtfertigte Besserstellung erhalten. Denn durch die Hingabe des Darlehens wurde eine Conversion der von der Walliser Kantonalbank ihren Schuldnern gewährten ungesicherten Kredite in die der Berner Handelsbank hinterlegten Hypothekentitel ermöglicht. Wäre das Darlehen nicht erfolgt, so hätte die Walliser Kantonalbank die Kredite kündigen und die eingehenden Gelder zur Tilgung der nun aus dem Darlehen bezahlten Rescriptionen verwenden müssen, was zur Folge gehabt hätte, daß den von der klägerischen Konkursmasse repräsentirten Gläubigern keine mehreren Befriedigungsmittel verblieben wären, als die im Konkurse ungeachtet der Verpfändung zur Vertheilung gelangten. Im Falle der Nichteinlösung der Rescriptionen aber und eines früheren Konkurseintritts würden einer größern Aktivenmasse entsprechend größere Passiven gegenüber gestanden und auf gleichmäßige Befriedigung Anspruch gemacht haben.

Steht nach den vorstehenden Ausführungen fest, daß das angefochtene Rechtsgeschäft eine widerrechtliche Begünstigung der Berner Handelsbank nicht enthält und von einer betrügerischen Absicht beim Abschlusse desselben keine Rede sein kann, so ist die Klage auch in dieser Richtung unbegründet.

---

* Siehe auch diese Ztsch. XII, 282; XVII, 34. Red.

Digitized by Google

79. Haftpflicht der Eidgenossenschaft für Schaden, welcher bei Anlaß militärischer Einquartirung durch Brand entstanden ist.

Gnehm-Billo c. Eidgenossenschaft.

17. November 1882.

Vgl. Ztschr. XVI, S. 88; XVII, S. 490.

Erwägungsgründe:

3. In der Hauptsache klagt Gnehm-Billo auf Ersatz des Schadens, der ihm in Folge eines bei Anlaß militärischer Einquartirung entstandenen Brandes verursacht worden ist. In thatsächlicher Beziehung gehen Parteien einig, daß der Stall des Klägers beim Ausbruch des Brandes von Truppen, welche sich im eidgen. Dienste befanden, theilweise occupirt war und eine Stallwache sich dort befand, ferner daß von Letzterer Licht verlangt und solches auch geliefert worden war. Auch darüber besteht kein Streit, daß die unmittelbare Ursache des Brandes in dem Umstande zu suchen ist, daß in Folge Schmelzens der Löthung der untere Theil der Laterne sich vom Deckel löste, mit sammt der brennenden Kerze in's Stroh fiel und dieses entzündete. Wohl aber stehen sich die Ansichten über die übrigen Verumständungen diametral entgegen, so namentlich: wer die Kerze in der Laterne befestigt und angezündet und wer Letztere im Stall aufgehängt habe; ferner wer den Brand zuerst entdeckt, ob die schlechte Konstruktion der Lampe Ursache am Schmelzen der Löthung sei, oder aber die zu lang eingestellte Kerze u. s. w.

Die Beweisführung hat nicht zur Aufklärung des Sachverhaltes gedient, indem sich auch die Zeugenaussagen vielfach widersprechen.

4. Seine Klage stützt Gnehm-Billo auf § 227 al. 1. des Reglements für die eidgen. Kriegsverwaltung vom 14. August 1845, wonach „die eidgen. Kriegscassa den Schaden vergütet, der durch Kriegsanstalten, Uebungslager und dgl. an öffentlichem oder Privateigenthum verursacht wird." Es frägt sich nun, welche Bedeutung dieser Bestimmung beizumessen ist, ob dabei ein direkter Causalzusammenhang zwischen militärischen Anordnungen und dem entstandenen Schaden vorhanden sein muß oder auch eine blos zufällige Veranlassung des Schadens genügt, d. h. ob die Eidgenossenschaft für allen den Schaden haften soll, der nicht entstanden wäre, wenn überhaupt keine militärischen Anordnungen erfolgt wären. Die letztere Auffassung würde aber zu weit gehen, und muß vielmehr angenommen werden, daß ein gewisser direkter Causalzusammenhang, wenn auch nicht ein eigentliches Verschulden, denn doch vorliegen muß, um die Haftbarkeit zu begründen. Es ist aber

Digitized by Google

in casu zu untersuchen, ob ein solcher vorhanden war oder nicht, indem der Brand dem Casus oder sogar der eigenen Nachlässigkeit des Klägers zugeschrieben werden muß.

5. Der Beweis, daß der Brand durch Casus entstanden, hier z. B. in Folge schlechter Construktion der Laterne, wäre der Beklagten obgelegen, ist aber von ihr nicht erbracht worden. (cfr. Erwägungen sub 3). Auch eigenes Verschulden des Klägers resp. seiner Angestellten ist nicht anzunehmen, indem nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden konnte, daß der Knecht Gustav Gnehm die Lampe angezündet und aufgehängt hat, und es zudem fraglich erscheint, ob aus diesem Umstande, wenn nachgewiesen, ein derartiger Schluß gerechtfertigt wäre. Nach den Akten ergibt sich nämlich folgendes:

6. Wenn auch dem Eigenthümer des Stalles die Pflicht zur Beschaffung des Lichtes oblag, so war es jedenfalls Sache der Truppen, welche den Stall für Militärpferde in Beschlag genommen und darin eine Stallwache aufgestellt hatten, das Licht zu besorgen und zu hüten und ist auch aus diesem Grunde die Frage, wer das Licht angezündet und aufgehängt, ohne großen Belang. Bei Besorgung und Hütung des Lichtes hat es nun offenbar die betreffende Stallwache an der nöthigen Aufmerksamkeit fehlen lassen. Wenn es schon als höchst unvorsichtig bezeichnet werden muß, daß der Stallwächter die Laterne über Stroh aufhängte oder durch den Stallknecht aufhängen ließ, so hätte er sich unter solchen Umständen jedenfalls des öftern vom Zustande der Laterne genau überzeugen sollen, wobei ihm dann die drohende Gefahr nicht hätte entgehen können. Diese Umstände zusammengefaßt, rechtfertigen hinlänglich den Schluß, daß die Entstehung des Brandes auf ungenügende Besorgung des auf ausdrückliches Verlangen der Soldaten, oder von ihnen selbst, im Stalle aufgehängten Lichtes zurückzuführen ist, wenn gleich dem Kläger der Nachweis keineswegs gelang, daß sich der Stallwächter Osterwalder auch direkter Pflichtvernachläßigung z. B. durch längere unbefugte Abwesenheit aus der seiner Hut anvertrauten Stallung, schuldig gemacht habe, oder die Soldaten im Allgemeinen unvorsichtig und nachläßig gewesen wären. Es ist somit der zur Annahme der Haftbarkeit der Eidgenossenschaft im Sinne von § 227 des oben erwähnten Reglementes erforderliche Causalzusammenhang hier als vorhanden zu betrachten.

7. Der Kläger beruft sich im weitern darauf, die Beklagte habe durch ihre Vertreter die Schadensersatzpflicht im vorliegenden Falle wiederholt anerkannt. Eine derartige Anerkennung kann aber weder in der Ueberführung des Pferdes in den Thierspital Zürich und freiwilliger Verpflegung daselbst, noch in dem ertheilten Rath

Digitized by Google

oder der Weisung, ein anderes Pferd anzukaufen, erblickt werden; beides geschah um größern Schaden für den Fall zu verhüten, daß später die Eidgenossenschaft verantwortlich erklärt würde, ohne daß die Pflicht hiezu anerkannt worden wäre. Auch die Vergütung des Schadens an Stallutensilien erfolgte aus freien Stücken aus der sog. Ordinärikasse der Soldaten und nicht aus Geldern der Beklagten, zudem unter ausdrücklicher Verwahrung gegen die Deutung, daß damit eine Schuldpflicht anerkannt würde. Ferner ist auch keineswegs nachgewiesen, daß Oberpferdearzt Zangger in positiver Weise Entschädigung zugesichert habe, vielmehr ließ er die Frage der Ersatzpflicht offen und sprach sich in einem Schreiben vom 7. Juli blos über den Modus allfälliger Entschädigungsberechnung aus. Gesetzt aber auch den Fall, es läge in den vom Kläger geltend gemachten Umständen wirklich eine Anerkennung der Ersatzpflicht, so wäre dieselbe jedenfalls für die Beklagte unverbindlich, da es gar nicht in der Competenz der fraglichen Beamten oder Offiziere lag, in verbindlicher Weise eine solche Schadensersatzpflicht anzuerkennen.

8. Was schließlich den durch fragl. Brand dem Kläger entstandenen Schaden anbetrifft, so ist nicht bestritten, daß das Pferd des Klägers in Folge der erlittenen Brandwunden umstand. Dessen wirklicher Werth ist mit Fr. 750 nach den Zeugenaussagen als richtig angegeben zu betrachten. Ebenso ist der Ansatz von Fr. 171 für entzogenen Gebrauch während der Kur des Pferdes und daherigen Schaden nicht zu hoch gegriffen. Hingegen erscheint es passender, die Entschädigung, welche der Kläger für Reisen und Zeitversäumniße in Folge dieser Angelegenheit vor Anhebung dieses Prozeßes verlangt, bei der Kostenbestimmung angemessen zu berücksichtigen, statt hier einzurechnen und ist demgemäß die Entschädigungssumme auf F. 921. festzusetzen, zinstragend vom Tage der Klagerhebung an.

80. Juristische Natur des in einer letzten Willensverordnung eingeräumten Rückfallsrechtes betreffend eine Liegenschaft. — Auf Fideikommisse finden die Grundsätze über das Wiederlosungsrecht keine Anwendung. — Anwachsung bei Einsetzung zu unbestimmten Theilen.

Gebrüder Hofer c. Wittwe Hofer geb. v. Ballmoos.

23. November 1882.

In einer als väterliche Verordnung bezeichneten letzten Willensverordnung vom 29. Juni 1842 verfügte Joh. Ulrich Hofer, daß

Digitized by Google

nach seinem Absterben der sogen. Rüttihof dem ältesten Sohne, Johannes Hofer, um den Preis von 22000 Bernpfunden erbeigenthümlich zufallen solle. Im weitern setzte er fest: „Sollte der Sohn Johannes Hofer ledig oder kinderlos absterben, so sollen die ihm von dem Testator verschriebenen Grundgüter um den Anschlagspreis an seine 3 Brüder zurückfallen." Nach dem Tode des Testators trat diese letzte Willensverordnung in Kraft und wurde von keiner Seite beanstandet. Am 13. März 1875 starb der Sohn Johannes Hofer kinderlos mit Hinterlassung einer Wittwe, der heutigen Beklagten. Vor ihm war bereits der Jüngste der übrigen 3 Brüder, Niklaus Hofer, gestorben. Im Jahr 1881 traten die beiden andern Brüder Joh. Ulrich und Jakob Hofer gegen die Wittwe ihres verstorbenen Bruders klagend auf mit dem Rechtsbegehren:

„Die Beklagte sei zu verurtheilen, den Klägern gegen Bezahlung der 22000 Bernpfund das Eigenthum an dem sogen. Rüttihofe, welcher ihrem Ehemann sel. von dessen Vater, Johann Ulrich Hofer, in der väterlichen Verordnung vom 29. Juni 1842, homologirt am 1. August 1846, verschrieben wurde, einzuräumen."

Die Beklagte machte in ihrer Hauptvertheidigung u. A. geltend: a. die in Rede stehende Berechtigung qualifizire sich als eine Art Wiederlosungsvorbehalt und es müssen die für einen solchen maßgebenden Bestimmungen hier analog angewendet werden; nun sei zu konstatiren, daß fragl. Berechtigung innerhalb 10 Jahren nicht geltend gemacht und deßhalb erloschen sei; b. die väterliche Verordnung mache die Berechtigung davon abhängig, daß die 3 Brüder vorhanden seien. Nun sei der Eine davon schon vor dem Ehemanne der Beklagten gestorben und es seien daher nur noch 2 Brüder da, was jener Klausel nicht entspreche; das Rückfalls- oder Wiederlosungsrecht sei als höchst persönliches Recht auf die Kläger nicht übergegangen. Diese und andere Einwendungen der Beklagten wurden unstichhaltig erfunden und die Klage zugesprochen:

in Erwägung:

Vor allem aus ist zu untersuchen, welche juristische Natur der von den Klägern in Anspruch genommenen Berechtigung zukommt, den Rüttihof gestützt auf eine Bestimmung der väterlichen Verordnung des Johann Ulrich Hofer d. d. 29. Juni 1842 an sich ziehen zu dürfen. Die Kläger behaupten, es handle sich um die Geltendmachung eines erbrechtlichen Anspruchs, während die beklagte Partei der Ansicht ist, es stehe ein Rückfalls- oder Wiederlosungsrecht in Frage. Nun findet sich jene Bestimmung nicht in einem Kaufvertrage, sondern in einer letztwilligen Verordnung, und zwar wird

Digitized by Google

dort verfügt, daß eine bestimmte Sache — der dem Sohn Johannes verschriebene Rüttihof — unter gewissen Voraussetzungen an dessen Brüder zurückfallen solle. Daraus ergibt sich, daß man es mit einem fideikommissarischen Legat (Satz. 578 und 586 C.) zu thun hat, indem auf das ledige oder kinderlose Absterben des Sohnes Johannes hin der ihm vermachte Rüttihof seinen Brüdern zukommen sollte. Daß eine solche Disposition an und für sich gültig ist, ließe sich kaum bestreiten; wohl aber entsteht die weitere Frage, ob, wie die beklagte Partei behauptet, in einem solchen Falle die Grundsätze über das Wiederlosungsrecht (Satz. 815 ff. C.) in analoger Weise zur Anwendung kommen sollen. Aus der Natur der Sache ergibt sich dieß keineswegs ohne weiteres, da Kauf und letztwillige Verfügung durchaus verschiedenartige Rechtsgeschäfte sind, und gegen diese Ansicht spricht noch speziell der Umstand, daß durch eine analoge Anwendung der Bestimmungen über Wiederlosung die fideikommissarische Substitution noch bedeutend mehr beschränkt würde, als dieß ohnehin schon der Fall ist (Satz. 579 C.), was offenbar nicht der Wille des Gesetzgebers war. Unter diesen Umständen fallen selbstverständlich alle Folgerungen dahin, welche die beklagte Partei aus den Bestimmungen der Satz. 815 ff. gezogen hat, und es muß angenommen werden, die gedachte Bestimmung sei gültig und für die Erbschaft des Johann Hofer verbindlich.

Es entsteht nun die weitere Frage bezüglich der Aktivlegitimation der Klägerschaft zum vorliegenden Anspruche. Der Rüttihof sollte nämlich im Falle des ledigen oder kinderlosen Absterbens des Johann Hofer an seine drei Brüder zurückfallen und es frägt sich daher, ob der Umstand von Erheblichkeit sei, daß der eine jener 3 Brüder, Niklaus Hofer, vor Johann Hofer abgestorben ist. Dieß dürfte wohl nicht der Fall sein, denn es ergibt sich aus dem ganzen Tenor der väterlichen Verordnung des Johann Ulrich Hofer, daß seine Absicht dahin ging, es sollte der Rüttihof für den Fall des ledigen oder kinderlosen Absterbens des Johann Hofer an dessen Brüder als Besitzer des Schleumenhofes als des Stammgutes des Erblassers zurückfallen, damit der Rüttihof nicht in fremde Hände gelange. Ob im Zeitpunkt des Eintrittes dieser Bedingung noch alle drei Brüder am Leben sein würden, konnte daher für den Vater Hofer bei Aufnahme jener Bestimmung in seiner Verordnung nicht ausschlaggebend sein und es ist demnach anzunehmen, es sei den drei Brüdern der Rüttihof zu unbestimmten Theilen fideikommissarisch vermacht worden, so daß der Theil des vorabgestorbenen Niklaus Hofer den heutigen Klägern angewachsen (Satz. 590 C.) und ihre Aktivlegitimation in casu hergestellt ist.

Digitized by Google

81. Der Besitzer, welcher eine Negatorienklage anstellen kann, ist nicht berechtigt, den Dritten, welcher mit der Einklagung eines Wegrechts droht, zu provoziren.

Balsiger c. Winzenried.
23. November 1882.

Erwägungsgründe:

(In den 3 ersten Erwägungsgründen wird das Vorhandensein der Bedrohung mit einem Anspruche und der Einklagbarkeit desselben festgestellt; sodann fährt die Motivirung fort:)

Anders verhält es sich jedoch in Bezug auf die Voraussetzung, daß der Provokant sich nicht im Falle befinden müsse, selbst in der Sache klagend aufzutreten. Es muß nun zwar die Annahme, welche den ersten Richter zur Abweisung veranlaßte, daß nämlich der Provokat als wirklicher Besitzer des Rechts zu betrachten sei, als irrig bezeichnet werden, indem der Provokant ein Verbot herausgenommen hat, gegen das der Provokat nicht Recht darschlug, dieses unwidersprochene Verbot aber für das Besitzesverhältniß unbedingt Regel macht und der angedrohte Anspruch nur noch petitorisch geltend gemacht werden kann. Anderseits sind aber auch die Schlüsse, welche der Provokant heute aus diesem Verhältniß zieht, nicht zutreffend, nämlich, daß er jetzt formell unangefochtener Besitzer sei und als solcher seine günstige Stellung nicht durch Auftreten in der Prozeßstellung als Kläger gefährden dürfe. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung erhellt aus dem Umstande, daß den Provokanten, wenn er hier die actio negatoria anstellt, keineswegs vermehrte Beweislast als in der Beklagtenstellung bei der actio confessoria trifft, vielmehr bei der einen wie bei der andern Prozeßstellung der Gegner das Recht der Dienstbarkeit zu beweisen hat, und nicht er die Freiheit seines Eigenthums. Der Provokant ist aber ebenso gut, wie der Provokat, in der Lage, mit einer Klage aufzutreten und liegt demnach der Fall von § 323, 4, P. nicht vor.

82. Rechtsstillstand kann vom Richter auch in andern als den gesetzlich vorgesehenen Fällen verhängt werden. — Voraussetzungen des Art. 3 St.-P.

Moser c. Moser.
23. November 1882.
Vgl. Ztschr. XVIII, S. 319.

Erwägungsgründe:

Die Geltstagsmasse des Joh. Moser, Vater, begründet ihr Rechtsstillstandsbegehren damit, daß gegen den Geltstager und

Digitized by Google

dessen nunmehr verstorbenen Sohn, gewesenen Ehemann und Rechtsvorgänger der heutigen Impetratin, eine Strafuntersuchung wegen betrügerischen Geltstags hängig sei, in der adhäsionsweise auch Cassation des in Frage stehenden Pachtvertrages anbegehrt werde, und beruft sich dabei auf Art. 3 des Straf-Verfahrens.

Nach diesem Artikel, Abs. 2, soll in Fällen, wo eine Civilklage aus einer strafbaren Handlung besonders beim Civilrichter angebracht ist, diese Verhandlung auf so lange eingestellt werden, bis über die vor- oder nachher angebrachte öffentliche Klage, als die wichtigere, endlich entschieden ist. Zweck dieser Bestimmung ist es hauptsächlich, die Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung zu sichern und die Verwerthung des im Strafverfahren gesammelten Materials für den Civilprozeß zu ermöglichen. Sie setzt aber voraus, daß im Strafprozesse wenigstens gegen eine der im Civilprozeß sich gegenüberstehenden Personen wegen der in beiden Prozessen in Betracht kommenden Handlungen die öffentliche Klage anhängig sei, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft, da die Strafverfolgung gegen den Ehemann und Rechtsvorgänger der Impetratin durch den Tod desselben beendigt worden ist (Art. 3, Abs. 3).

Es ist jedoch nach feststehender und oft sanktionirter Praxis die Befugniß des Richters zur Verhängung eines Rechtsstillstandes nicht auf die im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Fälle beschränkt, sondern seinem Ermessen in dieser Beziehung Spielraum gegeben. Mit dem gleichen Rechte, mit welchem er Termine und Fristen bestimmt und die Reihenfolge der Prozesse festsetzt, kann er auch die Sistirung einer Sache verfügen, wenn dafür genügende Gründe vorliegen und die dadurch für die Rechtspflege zu erlangenden Vortheile die Nachtheile des Zeitverlusts überwiegen.

Ein solcher ausreichender Grund liegt nun allerdings in casu vor, nachdem durch Urtheil der Polizeikammer Frau Moser geb. Zutter in dem erwähnten Strafprozesse als „zivilistisch betheiligt" erklärt worden ist, welcher Entscheid hier nicht näher zu prüfen ist. Weil nun der Zusammenhang zwischen Civilsache uud Strafverfahren in dieser Weise festgestellt ist, so erscheint es angemessen, daß der Civilstreit eingestellt werde, bis der damit zusammenhängende Strafprozeß entschieden ist, damit nicht Zersplitterung in der Rechtsprechung entstehe. Auch fällt gegenüber der Wichtigkeit dessen, was das Strafverfahren zu Tage fördern wird, der im Civilstreit entstehende Zeitverlust nicht in's Gewicht.

Wenn auch nicht nach Art. 3 Strafverfahren, so erscheint aus den letztangeführten allgemeinen Gründen die Verhängung des Rechtsstillstandes als der Sache angemessen und ist demnach das erstinstanzliche Urtheil zu bestätigen.

Digitized by Google

83. Als dritte Person im Sinne der Satz. 497 C. ist auch Derjenige zu betrachten, welcher im Geltstag des Inhabers einer grundpfändlich versicherten Forderung darauf Anweisung erhält. — Anweisung gleich Singularsuccession.

Schwab c. Jenni.

24. November 1882.

Vergl. Ztschr. XIII, S. 55.

Samuel Gugger hatte an Joh. Jenni laut Kaufbeile vom 21. Sept. 1878 Fr. 2000 zu fordern, wofür Liegenschaften als Pfand hafteten. Als Gugger in Geltstag fiel, wurde diese Forderung zur Masse gezogen und es erhielten verschiedene Gläubiger, u. a. auch der Kläger Schwab für Fr. 566. 95 darauf Anweisung. Schwab belangte hierauf den Schuldner Jenni auf Bezahlung. Jenni schlug Recht dar, indem er Quittungen des vergeltstagten ursprünglichen Gläubigers Gugger vorwies, wonach er die ganzen Fr. 2000 vor Eintritt des Geltstags bezahlt hatte. Der Einwendung des Schwab, daß Quittungen für grundpfändlich versicherte Forderungen, welche nicht in dem Titel stehen, für dritte gutgläubige Erwerber desselben nicht verbindlich seien, hielt Jenni entgegen, Schwab befinde sich an der Stelle des Geltstagers und sei nicht als dritte Person im Sinne der Satz. 497 C. zu betrachten. Jenni wurde jedoch zur Zahlung verurtheilt.

Erwägungsgründe:

In materieller Hinsicht beruft sich der Beklagte auf die Schutzbehauptung der Zahlung. Formell erscheint nun allerdings der Beweis dieser Schutzbehauptung als erbracht, indem zwei Quittungen vom 25. Nov. 1878 und vom 10. Februar 1879 im Betrage von Fr. 300 und von Fr. 1700 produzirt worden sind, wonach Gugger für die Kaufsumme von Fr. 2000 vom Beklagten befriedigt worden ist. Allein der Kläger bestreitet replicando, daß jene Quittungen, weil nicht im Forderungstitel eingetragen, Angesichts der Bestimmung der Satz. 497 C. für ihn verbindlich seien. Es entsteht daher die Frage, ob der Kläger als dritter Besitzer der Kaufbeile vom 21. Sept. und 1. Dez 1878 zu betrachten sei oder nicht. Der Beklagte wendet ein, eine Geltstagsmasse könne sich dem Schuldner gegenüber deßwegen nicht auf die Satz. 497 C. berufen und als dritter Besitzer des Forderungstitels geriren, weil der Geltstagsmasse nicht mehr und nicht andere Rechte zustehen, als solche dem Geltstager zugestanden seien. Nun

Digitized by Google

enthält aber die Satz. 497 C. eben eine Ausnahmsbestimmung, welche dem allgemeinen Grundsatze derogirt, daß der Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte haben kann, als sein Vorfahr, und es ist daher nicht abzusehen, warum nicht auch eine Geltstagsmasse das Privileg der Satz. 497 C. sollte in Anspruch nehmen dürfen. Wollte man aber auch Bedenken tragen, die Geltstagsmasse selbst als dritten Besitzer eines ad massam gezogenen Forderungstitels zu betrachten, so unterliegt es jedenfalls keinem Zweifel, daß der auf den betreffenden Forderungstitel angewiesene Gläubiger als dritter Besitzer desselben im Sinne der Satz. 497 erscheint, denn er leitet sein Recht nicht direkt und unmittelbar vom Geltstager her und ist nicht Stellvertreter des Geltstagers im Besitze des Titels, sondern er tritt dem Schuldner gegenüber kraft seiner Anweisung als neuer Gläubiger auf. Er befindet sich mithin im gleichen Falle, wie jeder andere, welcher durch Singularsuccession auf irgend eine Weise in den Besitz eines unterpfändlich versicherten Forderungstitels gelangt, und darin nicht eingetragene Quittungen sind daher für ihn unverbindlich.

84. Actio Pauliana. — Kassation eines Kaufvertrages um Beweglichkeiten zum wahren Werthe. — Deckung der Bürgen für noch nicht entstandene Forderungen.

Geltstagsmasse Schmutz c. Kurz und Mith.

1. Dezember 1882.

Unterm 24. Februar 1881 wurde zwischen S. Schmutz, Müller, und den Beklagten ein Kauf um verschiedene Beweglichkeiten abgeschlossen. Der Kaufpreis wurde auf Fr. 1500 bestimmt und als durch Verrechnung bezahlt quittirt. Die Käufer brachten diese Beweglichkeiten an eine öffentliche Steigerung und verkauften davon um Fr. 412. 40. Die nicht versteigerten Gegenstände sollen nach ihrer Angabe einen Werth von kaum Fr. 200 haben. Am 13. April 1881 wurde über Schmutz der provisorische und am 13. Mai gl. J. der definitive Geltstag verhängt. Die Geltstagsgläubiger griffen den fragl. Kaufvertrag mit der Paulianischen Klage an und es wurde derselbe hierauf kassirt.

Erwägungsgründe:

1. Die klägerische Geltstagsmasse greift einen vom Geltstager Samuel Schmutz mit den heutigen Beklagten am 24. Febr. 1881 um verschiedene Beweglichkeiten abgeschlossenen Kaufvertrag in

Digitized by Google

doppelter Weise an: einmal charakterisirt sich die Klage als eine dingliche und dann als actio Pauliana. Zur Begründung des dinglichen Anspruchs bringt die Klägerin an, der fragl. Kaufvertag sei gar nicht perfekt geworden, indem ein Contrahent denselben nicht unterzeichnet habe, und mithin sei auch Eigenthum nicht übergegangen.

Ferner wird die Tradition bemängelt. Dieser Standpunkt ist aber aus dem Grunde nicht weiter in Betracht zu ziehen, weil zur Zeit der Geltstagserkennung die fragl. Gegenstände nicht mehr im Besitze des Geltstagers sich befanden, sondern vorher schon förmlich in denjenigen der Beklagten übergegangen waren, die ihrerseits nicht einmal mehr Besitzer, wenigstens nicht aller Beweglichkeiten sind (§ 503 B.-B.).

Es ist somit lediglich zu prüfen, ob nach Mitgabe von Art. 224 und 228 St.-G.-B. der fragl. Kaufvertrag als nichtig und für die Massagläubiger unverbindlich zu kassiren sei, d. h. ob die objektiven Voraussetzungen der actio Pauliana in casu zutreffen.

2. Was vorerst die Frage anbetrifft, ob durch fragl. Beweglichkeitenkauf eine Schädigung der Massagläubiger bewirkt wurde, so kann hierüber angesichts der prozedürlich nachgewiesenen Verhältnisse ein Zweifel nicht bestehen. Es genügt schon der Hinweis auf den Umstand, daß zur Zeit der Geltstagserkennung nebst überschuldeten Grundstücken Beweglichkeiten in einem Werthe von blos Fr. 41 in die Masse fielen, während der Geltstager kurz vorher deren in bedeutendem Werthe besaß.

3. Auch steht außer allem Zweifel, daß der Cridar zur Zeit des Vertragsabschlusses unter seinen Sachen stand und sich seiner materiellen Concursmäßigkeit vollkommen bewußt sein mußte. Die Kenntniß hievon ist aber auch bei den andern Contrahenten, den heutigen Beklagten, anzunehmen. Denn es ist schon nicht denkbar, daß dieselben um die Ueberschuldung der Grundstücke und die Veräußerung des Mobiliars nicht gewußt hätten. Dazu kommt noch, daß die Beklagten ganz speziell in der Lage waren, die Zahlungsunfähigkeit des Samuel Schmutz zu kennen, da sie als Bürgen für mehrere Wechsel desselben hafteten, von deren Nichteinlösung sie genaue Kenntniß hatten. Schließlich ist es offenbar gerade die Kenntniß des finanziellen Ruins, welche die heutigen Beklagten zum Abschluß dieses sog. Kaufes veranlaßte. Dies geht deutlich genug aus dem Umstande hervor, daß sie die betreffenden Mobilien sofort versteigern ließen, also gar nicht für sich gewollt hatten, sondern lediglich zur Deckung für ihre Bürgschaftsverpflichtungen sich abtreten ließen, sowie aus dem fernern, daß sie bei

Digitized by Google

der Lagerung der zu übernehmenden Gegenstände ihr offen ausgesprochenes Augenmerk nur darauf richteten, daß dieselben hoch genug geschätzt würden, damit das Rechtsgeschäft wegen zu geringer Berücksichtigung nicht kassirt werden könne. Es kann demnach nicht fraglich sein, daß sämmtliche Betheiligte der mißlichen Vermögenslage bewußt sein mußten.

4. Auch betrügerische Absicht ist beim angefochtenen Vertrage offenbar anzunehmen. Gesetzt auch den Fall, die Beklagten hätten für den Cridar als Bürgen schon Bezahlungen gemacht und seien somit zur Zeit des Vertragsabschlusses wirklich Gläubiger gewesen, so durften ihnen gleichwohl unter den obwaltenden Verhältnissen keineswegs Vermögensgegenstände zur Deckung abgetreten werden, indem schon eine solche datio in solutum anerkannter Maßen straf- inzident und blos nach Zahlung in Geld als erlaubte Befriedigung einzelner Gläubiger anerkannt werden kann*). Jede andere Befriedigung stellt sich als eine widerrechtliche Begünstigung einzelner Gläubiger dar und rechtfertigt die Annahme der betrügerischen Absicht. In casu waren aber die Beklagten überhaupt noch gar nicht Gläubiger, denn sie hatten damals, wie sich aus der Beweisführung ergibt, als Bürgen noch keine Bezahlung geleistet. Zweck des angefochtenen Kaufes war also offenbar blos der, sich für die Bürgschaftsverpflichtungen Deckung zu verschaffen. Hierin muß aber, wie der hierseitige Gerichtshof in einem ähnlichen Fall angenommen hat (cfr. Judicat Maße Lehnherr c. Eicher und Mitb. vom 21. Sept. 1877**), jedenfalls eine betrügerische Manipulation erblickt werden.

5. Schließlich erscheint auch die Berufung des Klägers auf Art. 224, al. 2 St.-G.-B. in casu als richtig, indem der Cridar Schmutz im fragl. Kaufvertrage vom 24. Februar 1881 Quittung für einen Betrag ausstellte, den er in Wirklichkeit gar nicht erhalten, und für eine Schuld, die gar noch nicht existent war. Denn ein Schuldverhältniß zwischen Hauptschuldner und Bürge entsteht erst durch die Zahlung des letztern. Vorher steht der Bürge blos mit dem Gläubiger in einem direkten Verhältnisse.

6. Nach dem Angebrachten erscheinen die drei ersten Klagsbegehren gestützt auf Art. 224 und 228 St.-G.-B. begründet, wobei aber selbstverständlich blos der Werth der betreffenden Be-

---

*) Vgl. dagegen Zschr. XII 383. Der obige Satz geht nach Art. 224 St.-G.-B. zu weit. Im röm. Recht ist die Frage bestritten. In casu lag „planmäßige", vollständige Entfremdung des Mobiliarvermögens vor. Vgl. Zschr. XVII 24. Red.

**) Zschr. XIV, S. 258.

Digitized by Google

weglichkeiten, nicht wie die Klägerin anzunehmen scheint, der Betrag von Fr. 1500 in die Masse einzuschießen ist. Damit fällt dann das eventuelle Klagsbegehren dahin.

85. Konkordat über Viehwährschaft. — Eigenmächtige Tödtung des kranken Thieres durch den Uebernehmer schließt die Wandlung aus *).

Bigard c. Piccard u. Katz.

2. Dezember 1882.

Piccard und Katz in Langenthal hatten von M. und F. Bigard in Pruntrut am 10. Mai 1880 zwei Kühe um Fr. 600 gekauft und an die Hand genommen. Nachdem die eine dieser Kühe am 25. Mai 1880 ein Kalb geworfen hatte, wurde sie am 28. gl. Mts. früh Morgens von den Käufern geschlachtet. Das Fleisch wurde durch den Fleischinspektor verkauft und warf einen Erlös ab von Fr. 175, welcher hinter demselben verblieb. Nach der Tödtung der Kuh ersuchten die Beklagten am gleichen Tage das Richteramt Wangen um die Bestellung von Sachverständigen. Der Befund ging dahin, daß fragliche Kuh „an Entartung, Verhärtung und Tuberkelbildung der Lungen" schon geraume Zeit gelitten habe. Am Tage der Abschlachtung erließen sodann Piccard und Katz eine Anbietungskundmachung an die Verkäufer, welche denselben am 3. Juni zugestellt wurde und worin die unrichtige Angabe enthalten ist, daß die Kuh auf richterliche Verfügung hin und nach erfolgter Untersuchung getödtet worden sei. Der Nachweis, daß Gefahr im Verzuge und die Einholung einer richterlichen Verfügung, sowie die Beiziehung von Experten vor der Tödtung nicht mehr möglich gewesen sei, ist von den Beklagten nicht hinreichend erbracht worden. Die der Klage auf Bezahlung des Kaufpreises entgegengehaltene exceptio redhibitoria und die auf dem gleichen Fundamente beruhende Widerklage wurden ungründet erfunden und das Klagsbegehren zugesprochen.

Erwägungsgründe:

In thatsächlicher Beziehung ist zwischen Parteien nicht bestritten, daß die Beklagten am 10. Mai 1880 von den Klägern 2 Kühe gekauft und an die Hand genommen haben und von daher Fr. 600

*) Stichentscheid. — Obschon das Konkordat aufgehoben ist, wird dieser Entscheid aufgenommen, weil er auf Lücken im Konkordat und im neuen Entwurf eines Bundesgesetzes über die Viehwährschaft hinweist.

Digitized by Google

schuldig geworden sind. Es ist also die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises an und für sich substanzirt.

Schon in ihrem Widerspruch auf die Zahlungsaufforderung und nun in ihrer Vertheidigung bestreiten die Beklagten ihre Schuldpflicht blos in Rücksicht auf den beim einen der gekauften Thiere zu Tage getretenen Gewährsmangel, indem sie Wandlung, Ersatz verschiedener Auslagen und Compensation der Letztern mit dem Kaufpreise für das gesunde Thier verlangen. Es ist also nur zu untersuchen, ob diese Ansprüche nach dem Konkordat vom 27. Juni 1853 begründet sind.

Durch den übereinstimmenden Befund der richterlich ernannten Sachverständigen ist konstatirt worden, daß die fragliche Kuh an Entartung, Verhärtung und Tuberkelbildung der Lungen schon geraume Zeit gelitten hat, und es kann somit die Existenz eines Gewährsmangels nicht in Abrede gestellt werden. Für ihre Behauptung, daß die Sachverständigen das Thier vor der Untersuchung ärztlich behandelt haben, ist von den Klägern ein Beweis nicht erbracht worden.

Nun ist aber der Anspruch auf Wandlung in der Regel davon abhängig, daß der Uebernehmer das mit dem Gewährsmangel behaftete Thier in dem Zustande, in welchem er es empfangen hat, zurückgeben kann und will. Von dieser Regel hat das Konkordat selbst einige Ausnahmen gemacht. So bleibt nach § 10 die Wandlungsklage bestehen, wenn das Thier zum Zwecke der Untersuchung getödtet werden muß, und nach § 11 ist sie auch dann nicht ausgeschlossen wenn ein im lebenden Zustande untersuchtes Thier später zu Grunde geht oder aus polizeilichen Rücksichten getödtet wird. Die Praxis hat diese Ausnahmen vermehrt und die Reddibition auch dann zugelassen, wenn das Thier gerade an den vom Uebergeber zu vertretenden Mängeln, oder nach erfolgter Anbietung und eingetretenem Verzuge des Verkäufers durch Zufall zu Grunde ging. Einer solchen Ausdehnung steht allerdings die Fassung des Konkordates nicht entgegen, indem die einschlagenden Bestimmungen nicht auf eine abschließende Normirung der bisher geltenden Fälle schließen lassen.

Dagegen läßt sich der zu entscheidende Fall mit den angezogenen nicht auf gleiche Linie stellen. Der Untergang des fragl. Stückes Vieh ist nicht durch unverschuldeten Zufall oder durch Gewährsmangel herbeigeführt worden, sondern durch die von den Käufern vorgenommene Tödtung. Die Käufer haben sich selbst der Möglichkeit begeben, der ihnen obliegenden Rückerstattung anbieten zu können und haben demnach kein Anrecht auf die Wandlung.

Dazu kommt, daß die Tödtung von den Käufern in eigenmächtiger Weise und in vollständiger Mißachtung der einschlagenden Konkordatsbestimmungen vorgenommen worden ist. Sie haben weder die richterliche Bewilligung eingeholt, noch die Ernennung und Beiziehung von Sachverständigen veranlaßt, wie es gemäß § 11 des Konkordats hätte geschehen sollen. Und doch hätte nach den örtlichen Verhältnissen beides höchst wahrscheinlich mit wenig Zeitverlust stattfinden können. Die Beklagten und Widerkläger haben zwar versucht, nachzuweisen, daß Gefahr im Verzug gewesen sei. Allein der daherige Nachweis ist durchaus unzureichend.

Das Vorgehen der Beklagten und Widerkläger kann auch deßhalb nicht gebilligt werden, weil dasselbe eine Verschlimmerung der Rechtsstellung der Kläger mit sich bringen konnte. Letztere haben erst am 3. Juni von dem Vorhandensein eines Gewährsmangels und am 5. Juni vom Hergange der Sache Kenntniß erhalten. Sie waren deßhalb außer Stande, diejenigen Vertheidigungsgründe zu wahren, welche sich aus dem Zustande des Thieres allfällig hätten entnehmen lassen. Sie konnten sich weder der Identität des getödteten mit einem der verkauften Thiere versichern noch feststellen lassen, ob etwa ein Verschulden der Käufer oder ein von ihnen zu tragender Zufall als Ursache des schlimmen Zustandes der Kuh vor der Tödtung vorgelegen habe. Dieser Umstand wiegt um so schwerer, als festgestellt ist, daß die fragl. Kuh wenige Tage vor der Tödtung ein Kalb geworfen hatte.

Die Aussage des Zeugen Müller, wonach eine telegraphische Mittheilung an die Kläger stattgefunden habe, ist bedeutungslos, weil die Beklagten und Widerkläger selbst keine dahingehende Behauptung aufgestellt haben und über den Inhalt eines solchen Telegramms keine Angaben gemacht wurden. Es mag übrigens auch hier hervorgehoben werden, daß die vom 28. Mai datirende, am 3. Juni den Klägern zugestellte Rückbietungskundmachung beim damaligen Stande der Sache eine ganz zwecklose Vorkehr war, und daß dieselbe eine unwahre Darstellung des Hergangs enthält.

Der rechtlichen Bedeutung entbehrt schließlich die Behauptung der Beklagten, daß sie die Tödtung im Interesse der Kläger vorgenommen haben, um denselben den Verkaufswerth des Fleisches zu erhalten. Vor der Tödtung war ja eine Rückbietung nicht erfolgt, und ebensowenig die Existenz eines von den Klägern zu vertretenden Gewährsmangels festgestellt. Anderseits ist nicht zu verkennen, daß die Kläger ein wesentlicheres und in erster Linie stehendes Interesse daran hatten, daß nicht eine einseitige und willkürliche Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse stattfinde und daß ihre Rechtsstellung wohl richtiger gewahrt gewesen wäre, wenn

Digitized by Google

schuldig geworden sind. Es ist also die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises an und für sich substanzirt.

Schon in ihrem Widerspruch auf die Zahlungsaufforderung und nun in ihrer Vertheidigung bestreiten die Beklagten ihre Schuldpflicht blos in Rücksicht auf den beim einen der gekauften Thiere zu Tage getretenen Gewährsmangel, indem sie Wandlung, Ersatz verschiedener Auslagen und Compensation der Letztern mit dem Kaufpreise für das gesunde Thier verlangen. Es ist also nur zu untersuchen, ob diese Ansprüche nach dem Konkordat vom 27. Juni 1853 begründet sind.

Durch den übereinstimmenden Befund der richterlich ernannten Sachverständigen ist konstatirt worden, daß die fragliche Kuh an Entartung, Verhärtung und Tuberkelbildung der Lungen schon geraume Zeit gelitten hat, und es kann somit die Existenz eines Gewährsmangels nicht in Abrede gestellt werden. Für ihre Behauptung, daß die Sachverständigen das Thier vor der Untersuchung ärztlich behandelt haben, ist von den Klägern ein Beweis nicht erbracht worden.

Nun ist aber der Anspruch auf Wandlung in der Regel davon abhängig, daß der Uebernehmer das mit dem Gewährsmangel behaftete Thier in dem Zustande, in welchem er es empfangen hat, zurückgeben kann und will. Von dieser Regel hat das Konkordat selbst einige Ausnahmen gemacht. So bleibt nach § 10 die Wandlungsklage bestehen, wenn das Thier zum Zwecke der Untersuchung getödtet werden muß, und nach § 11 ist sie auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein im lebenden Zustande untersuchtes Thier später zu Grunde geht oder aus polizeilichen Rücksichten getödtet wird. Die Praxis hat diese Ausnahmen vermehrt und die Redhibition auch dann zugelassen, wenn das Thier gerade an den vom Uebergeber zu vertretenden Mängeln, oder nach erfolgter Rückbietung und eingetretenem Verzuge des Verkäufers durch Zufall zu Grunde ging. Einer solchen Ausdehnung steht allerdings die Fassung des Konkordates nicht entgegen, indem die einschlagenden Bestimmungen nicht auf eine abschließende Normirung der hieher gehörenden Fälle schließen lassen.

Dagegen läßt sich der zu entscheidende Fall mit den angezogenen nicht auf gleiche Linie stellen. Der Untergang des fragl. Stückes Vieh ist nicht durch unverschuldeten Zufall oder durch Gewährsmängel herbeigeführt worden, sondern durch die von den Käufern vorgenommene Tödtung. Die Käufer haben sich selbst der Möglichkeit begeben, die ihnen obliegende Rückleistung anbieten zu können und haben demnach keinen Anspruch auf die Wandlung.

Digitized by Google

Dazu kommt, daß die Tödtung von den Käufern in eigenmächtiger Weise und in vollständiger Mißachtung der einschlagenden Konkordatsbestimmungen vorgenommen worden ist. Sie haben weder die richterliche Bewilligung eingeholt, noch die Ernennung und Beiziehung von Sachverständigen veranlaßt, wie es gemäß § 11 des Konkordats hätte geschehen sollen. Und doch hätte nach den örtlichen Verhältnissen beides höchst wahrscheinlich mit wenig Zeitverlust stattfinden können. Die Beklagten und Widerkläger haben zwar versucht, nachzuweisen, daß Gefahr im Verzug gewesen sei. Allein der daherige Nachweis ist durchaus unzureichend.

Das Vorgehen der Beklagten und Widerkläger kann auch deßhalb nicht gebilligt werden, weil dasselbe eine Verschlimmerung der Rechtsstellung der Kläger mit sich bringen konnte. Letztere haben erst am 3. Juni von dem Vorhandensein eines Gewährsmangels und am 5. Juni vom Hergange der Sache Kenntniß erhalten. Sie waren deßhalb außer Stande, diejenigen Vertheidigungsgründe zu wahren, welche sich aus dem Zustande des Thieres allfällig hätten entnehmen lassen. Sie konnten sich weder der Identität des getödteten mit einem der verkauften Thiere versichern noch feststellen lassen, ob etwa ein Verschulden der Käufer oder ein von ihnen zu tragender Zufall als Ursache des schlimmen Zustandes der Kuh vor der Tödtung vorgelegen habe. Dieser Umstand wiegt um so schwerer, als festgestellt ist, daß die fragl. Kuh wenige Tage vor der Tödtung ein Kalb geworfen hatte.

Die Aussage des Zeugen Müller, wonach eine telegraphische Mittheilung an die Kläger stattgefunden habe, ist bedeutungslos, weil die Beklagten und Widerkläger selbst keine dahingehende Behauptung aufgestellt haben und über den Inhalt eines solchen Telegramms keine Angaben gemacht wurden. Es mag übrigens auch hier hervorgehoben werden, daß die vom 28. Mai datirende, am 3. Juni den Klägern zugestellte Rückbietungskundmachung beim damaligen Stande der Sache eine ganz zwecklose Vorkehr war, und daß dieselbe eine unwahre Darstellung des Hergangs enthält.

Der rechtlichen Bedeutung entbehrt schließlich die Behauptung der Beklagten, daß sie die Tödtung im Interesse der Kläger vorgenommen haben, um denselben den Verkaufswerth des Fleisches zu erhalten. Vor der Tödtung war ja eine Rückbietung nicht erfolgt, und ebensowenig die Existenz eines von den Klägern zu vertretenden Gewährsmangels festgestellt. Anderseits ist nicht zu verkennen, daß die Kläger ein wesentlicheres und in erster Linie stehendes Interesse daran hatten, daß nicht eine einseitige und willkürliche Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse stattfinde und daß ihre Rechtsstellung wohl richtiger gewahrt gewesen wäre, wenn

Digitized by Google

die Beklagten nicht in den natürlichen Lauf der Dinge eingegriffen hätten.

Nach dem Gesagten ist das Recht zur Wandlung nicht mehr vorhanden und die darauf basirte Einrede und Widerklage unbegründet.

86. Umwandlung einer Schuld in Vorempfang ist zulässig und enthält keine Novation.

Straub u. Mith. c. Bigler geb. Siegenthaler.

8. Dezember 1882.

Erwägungsgründe:

In der Bestimmung, daß die Einlösung einer persönlichen Schuld des Ehemannes durch seine Schwiegereltern der Frau als Vorempfang angerechnet werden solle, liegt keine Novation dieser persönlichen Forderung, sondern einfach ein Verzicht auf die direkte Rückforderung dessen, was für den Ehemann bezahlt worden ist. In gleicher Weise verhält es sich, wenn dem Ehemann eine Schuld gegen Ausstellung eines Vorempfangsscheines erlassen wird. An und für sich erscheint ein solches Rechtsgeschäft als durchaus zulässig und es könnte sich bloß unter Umständen darum handeln, einen derartigen Akt mittelst der actio Pauliana anzufechten, wenn dadurch eine Schädigung der Gantstagsgläubiger beabsichtigt war (vgl. Urtheil vom 12. Juni 1875 i. S. Marti c. Kaderli und vom 1. Oktober 1880 i. S. Jost und Mith. c. Trachsel*).

87. Bürgschaften sind strikte zu interpretiren. — Imputation von Zahlungen. — Anwendung der Grundsätze des schweiz. O.-R.

Burri c. von Allmen.

8. Dezember 1882.

Zwischen dem Müller Peter Burri und der Bäckerin Frau M. Gaffner bestand vom 6. Dezember 1879 bis zum 11. Dezember 1880 ein Geschäftsverkehr. Burri lieferte der Frau Gaffner Mehl und diese machte daran je nach Mitgabe ihrer Geldmittel Anzahlungen. Am 15. April 1880 schuldete Frau Gaffner einen restanzlichen Betrag von Fr. 386. 42. An diesem Tage stellte

*) Ztschr. XI, S. 172, XVII, S. 315.

Digitized by Google

der Beklagte H. von Allmen folgende Bürgschaftsverpflichtung aus: „H. P. Burri, Stucki, Müller in Kiesen, will der Frau M. Gaffner, Bäckerin, Mehl liefern. Der Unterzeichnete Heinrich von Allmen verpflichtet sich andurch für die genannte Frau Gaffner, gegenüber Hrn. P. Burri obgenannt, für ein Fuder Mehl von circa 50 Centner oder für den Werth desselben bis zum Belaufe von Fr. 1100 als unbedingter Bürge im Sinne des bernischen Bürgschaftsgesetzes." Frau Gaffner fiel im Jahr 1881 in Geltstag, in welchen P. Burri eine Eingabe machte von Fr. 1673. 59 und damit zur Geduld gewiesen wurde. Gestützt auf die obstehende Bürgschaftsverpflichtung verlangte er sodann von H. von Allmen einen Betrag von Fr. 1100. Dieser verweigerte die Zahlung aus folgenden Gründen: Er hafte nur für die von Burri unmittelbar nach der Bürgschaftsverpflichtung gemachten Lieferungen bis zum Betrage von Fr. 1100. Nun habe Frau Gaffner seit dem gleichen Zeitpunkte Zahlungen gemacht im Betrage von Fr. 2112. 60. Ziehe man davon die ältere Restanz von Fr. 386. 42, so sei noch immer mehr als die verbürgten Posten bezahlt. Wenn Burri über dieselben hinaus ohne neue Sicherheit weitere Lieferungen gemacht habe, so könne er dafür nicht den Bürgen in Anspruch nehmen. Burri seinerseits behauptete, von Allmen habe sich unbedingt und ohne Beschränkung bis auf Fr. 1100 als Bürge verpflichtet. Es werde ihm das Recht bestritten, die von Frau Gaffner gemachten Abschlagszahlungen gerade von dem verbürgten Betrage abzurechnen. Die Bürgschaftsverpflichtung berechtige ihn dazu keineswegs. Ein solches Verfahren läge zudem im Widerspruch mit der Natur der Sache, wonach Zahlungen in erster Linie von dem unversicherten Theile der Forderung abzuschreiben seien. Der Appellations- und Kassationshof theilte den Standpunkt des Beklagten und wies die Klage ab.

Erwägungsgründe:

Der Entscheid im vorliegenden Rechtsstreite wird durch drei Faktoren bedingt. Es ist nämlich in erster Linie zu untersuchen, welcher Umfang der vom Beklagten unterm 15. April 1880 zu Gunsten des Klägers eingegangenen Bürgschaft beizulegen ist, sodann wird es sich fragen, wie es sich mit der Rechnungsbilanz zwischen dem Gläubiger und der Hauptschuldnerin Frau Maria Gaffner geb. Stücker steht, und endlich muß die Rechtsfrage betreffend Imputation der von der Hauptschuldnerin geleisteten Abschlagszahlungen erörtert werden.

Was den ersten Punkt betrifft, so behauptet der Kläger, es habe sich der Beklagte unbedingt und unbeschränkt für Mehl-

Digitized by Google

lieferungen an Frau Gaffner bis zur Limite von Fr. 1100 verbürgt, während der Beklagte geltend macht, nur für ein einziges der Frau Gaffner zu lieferndes Fuder Mehl von circa 50 Ctr., bezw. für den Werth desselben bis zum Betrage von Fr. 1100 habe er dem Kläger als Bürge haften wollen. Nun geht zunächst aus dem Contexte der Bürgschaftsverpflichtung vom 15. April 1880 hervor, daß die Bürgschaft für eine erst zukünftige Verbindlichkeit der Frau Gaffner eingegangen werden sollte. Ebenso ist darin nur von der Haftung für ein Fuder Mehl oder den Werth desselben bis auf Fr. 1100 die Rede. Erwägt man angesichts dieses Umstandes, daß nach Satz. 920 C. eine Bürgschaftsverpflichtung strikt zu interpretiren ist, sowie daß nach Satz. 702 C. im Zweifelsfalle stets zu Gunsten des Verpflichteten entschieden werden soll, so wird man zu der Ueberzeugung gelangen, daß die Ansicht des Beklagten über den Umfang seiner bürgschaftlichen Haftung die richtige ist, was denn auch durch die Aussage des Verfassers der Bürgschaftsverpflichtung, des Notars Luginbühl in Oey bei Diemtigen, bestätigt wird. In Betreff der Rechnungsbilanz ist die Klage vollständig richtig fundirt, und es bleibt daher nur die Rechtsfrage zu prüfen, in welcher Weise die von der Hauptschuldnerin geleisteten Abschlagszahlungen auf die Forderung des Klägers zu imputiren sind. Das bern. Recht enthält in Betreff der Imputation von Zahlungen keine gesetzlichen Bestimmungen, wohl aber und zwar in Anlehnung an das römische Recht (Windscheid Pand. Bd. II. § 342) das schweizerische Obligationenrecht. Nach Art. 101 desselben ist nun in erster Linie maßgebend der ausgesprochene Wille des Schuldners bei der Zahlung, und der Wille des Gläubigers wird nur in dem Falle respektirt, wo einerseits eine vorgängige Erklärung des Schuldners mangelt und derselbe anderseits nicht sofort beim Empfang der Quittung protestirt. Im übrigen wird die Zahlung unter mehreren fälligen Schulden auf die ältere Schuld angerechnet. Aus einer Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt sich, daß die seit dem 15. April 1880 geleisteten Abschlagszahlungen im Betrage von Fr. 2112. 63 anzurechnen sind vor allem auf die Restanzforderung des Klägers für Lieferungen, welche vor jenem Zeitpunkte gemacht worden sind, im Belaufe von Fr. 386. 42 als die ältere Schuld, sodann auf die verbürgte Forderung für eine Mehllieferung nach dem 15. April 1880 bis zum Betrage von Fr. 1100 als der zweitältesten Schuld. Daraus folgt, daß die Schuld der Frau Gaffner, für welche der Beklagte als Bürge haftete, durch Zahlung getilgt und die Bürgschaft erloschen ist. Die Berufung des Klägers auf Art. 100 O.-R. sowie auf ein

Digitized by Google

in der Zeitschrift Bd. XII S. 34 enthaltenes Judikat des hierseitigen Gerichtshofes, wonach Zahlungen in erster Linie auf den unversicherten Theil der Forderung anzurechnen sind, ist in casu nicht zutreffend, weil jener Grundsatz nur da Platz greift, wo eine einheitliche blos theilweise versicherte Schuld besteht. In einem solchen Falle darf allerdings der Schuldner allfällige Theilzahlungen (Art. 78. O.-R.) nicht von dem versicherten Theile der Forderung abrechnen. Wenn es sich dagegen wie hier um verschiedene Forderungen eines Gläubigers handelt, von denen die Einen versichert, die Andern unversichert sind, so müssen mit Rücksicht auf die Imputation der Zahlungen die Bestimmungen des Art. 101. O.-R. zur Anwendung kommen. Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich die gänzlich Unbegründetheit des klägerischen Anspruches und es ist daher nicht nothwendig, dem Beklagten auf seinen eventuell geltend gemachten Standpunkt zu folgen, wonach die Abschlagszahlungen der Frau Gaffner auf den verbürgten und den unverbürgten Theil der klägerischen Forderung gleichmäßig zu vertheilen wären.

88. Rechtsversicherung. — Der Gläubiger, welcher Rechtsversicherung verlangt, hat bei einer bedingten Forderung den Eintritt der Bedingung zu beweisen.

Salvisberg c. Hostettler.

9. Dezember 1882.

Erwägungsgründe:

Die vom Impetraten erhobene Beweiseinrede wurde heute nicht relevirt und es ist daher über dieselbe nicht mehr zu urtheilen.

Was die Sache selbst betrifft, so verlangt der Impetrant vom Impetraten die Rechtsversicherung gemäß § 51. litt. b. P., gestützt darauf, daß der Letztere der Schuldbetreibung nicht ihren ungehinderten Lauf lassen wollte, die sich auf eine von ihm und seiner Tochter Magdalena ausgestellte Schuldverpflichtung ohne Datum im Betrage von Fr. 500 gründete. Der Impetrat bestreitet, daß diese Schuld zahlfällig sei, indem die Zahlfälligkeit an eine Bedingung geknüpft werde, welche bis jetzt noch nicht eingetreten. Wirklich heißt es denn in jener Schuldverpflichtung, die betreffende Summe der Fr. 500 sei erst zu bezahlen, wenn sie — der Impetrat und seine Tochter — von Gurtner nach dessen Verlobung mit Magdalena Hostettler — Geld bekommen. Es besteht nun zwischen Parteien Streit in Betreff der Frage der

Digitized by Google

Beweislast bezüglich der Zahlfälligkeit der Schuld, und es wird daher zunächst zu untersuchen sein, ob der Impetrant den Eintritt der Bedingung der Zahlfälligkeit, oder der Impetrat deren Nichteintritt zu beweisen habe. Behufs Lösung dieser Frage muß man auf die ratio legis zurückgehen, welcher die in § 51 litt. b. normirte Rechtsversicherungspflicht ihre Entstehung verdankt. Diese ratio legis liegt nun aber unzweifelhaft in dem Bestreben, den Gläubiger vor der Gefahr des Verlustes seiner allfälligen Prozeßkostenforderung sicher zu stellen für den Fall, daß er durch einen zahlungsflüchtigen Schuldner genöthigt wird, seine Forderung in Folge Hemmung der Betreibung auf dem Prozeßwege gegen ihn geltend zu machen. Es wird nämlich präsumirt, der Einspruch des Schuldners gegen eine Betreibung erfolge aus bloßer Zahlungsflüchtigkeit, wenn der Gläubiger eine rechtsförmige, auf den Schuldner oder dessen Rechtsvorfahr lautende Schuldschrift in Händen hat. Selbstverständlich ist aber der Natur der Sache nach eine solche Präsumtion überall da ausgeschlossen, wo die Zahlfälligkeit der Schuld an eine Bedingung geknüpft ist, deren Eintritt noch nicht erfolgte, denn in diesem Falle ist ja die Schuldpflicht eine bedingte, eine bloß eventuelle und vor Eintritt der Bedingung kann mithin von einer Präsumtion der Zahlungsflüchtigkeit des Schuldners keine Rede sein. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der § 51 litt. b. P. sich nur auf unbedingte Schuldverpflichtungen bezieht, und daß beim Vorhandensein einer Bedingung der Impetrant erst den Nachweis des Eintrittes derselben zu erbringen hat (s. den Commentar von Rheinwald zu § 51. litt. b. P.) ... *)

89. Nachbürgschaft auf der Rückseite eines Wechsels begründet keine wechselrechtliche Verpflichtung.

Leihkasse Langenthal c. Wälchli.

14. Dezember 1882.

Erwägungsgründe:

Die Entscheidung der vorliegenden Wechselstreitigkeit hängt im Wesentlichen von der Beantwortung der Frage ab, ob der Beklagte Andreas Wälchli durch seine Erklärung auf der Rückseite des in Frage stehenden Wechsels, lautend: „für vorstehende Summe verpflichtet sich als Nachbürge" — eine wechselrechtliche Verpflichtung einging oder nicht.

*) Die weitern Ausführungen betreffen das Beweisergebniß.

Digitized by Google

Die Klägerin geht in ihrer Wechselklage von der Annahme aus, daß jede auf einem Wechsel enthaltene Verpflichtung als eine wechselrechtliche zu betrachten sei und so auch in casu diejenige des Andreas Wälchli. Diese Auffassung geht aber offensichtlich zu weit. Es muß vielmehr der Wille, wechselrechtlich zu haften, aus der Verpflichtung hervorgehen. Dieser Wille kann nun allerdings auf verschiedene Weise zum Ausdruck gelangen. Nach § 68 W.-O. haftet derjenige wechselrechtlich aus seiner Unterschrift, der „als Bürge", „per aval", oder durch bloße Unterschrift für den Aussteller bezw. Indossant ꝛc. den Wechsel mitunterzeichnet. Es muß also die Absicht, sich wechselmäßig verbürgen zu wollen, entweder ausdrücklich erklärt sein, oder dieselbe wird aus der Mitunterschrift präsumirt. Damit aber diese Präsumtion Platz greifen kann, ist erforderlich, daß die Unterschrift mit derjenigen, zu deren Gunsten sie erfolgt, in einen sichtlichen Zusammenhang gesetzt werde und ist daher dem aval, wie schon aus dessen Etymologie hervorgeht, eine mehr oder weniger bestimmte Stelle auf dem Wechsel zur Unterschrift angewiesen, nämlich unmittelbar unter oder neben derjenigen, für die intercedirt werden soll. Dies ist in casu nicht der Fall. Vielmehr erklärt der Beklagte auf der Rückseite des Wechsels ausdrücklich blos „als Nachbürge" sich zu verpflichten. Das Wechselrecht kennt aber eine Nachbürgschaft nicht und ist daher aus der Wahl dieses Ausdruckes der Schluß zu ziehen, daß Wälchli blos civiliter haften wollte.

Da demnach weder räumlich und örtlich, noch dem Sinn nach eine Mitunterschrift vorliegt und sich aus dem Wortlaut der Verpflichtung selbst ergibt, daß der Beklagte blos eine Nachbürgschaft nach gewöhnlichem Civilrecht eingehen wollte, so kann in casu von wechselrechtlicher Haftung des Beklagten nicht die Rede sein. Es ist daher auch die Frage, ob in genügender Weise deponirt worden, nicht näher zu prüfen*). In gleichem Sinne hat übrigens der hiesige Gerichtshof in seinem Urtheil vom 6. März 1873 in Sachen Demme c. von Ernst & Cie.**) die auf einem Wechsel enthaltene Verpflichtung als „Nachbürge" ausgelegt. Auch die Praxis deutscher Gerichte nimmt als maßgebend in solchen Fällen an, ob der Wille des Bürgen auf eine wechselrechtliche Verpflichtung gerichtet war, oder blos auf eine solche nach gewöhnlichem Civilrecht, und erkennt damit an, daß Bürgschaftsverpflichtungen, auch wenn sie mit Wechselurkunden auf das gleiche Papier geschrieben sind, nicht unbedingt als wechselrechtliche zu betrachten sind, sondern

*) Fraglich! Vgl. W.-O. § 97. Red.

**) Ztschr. IX, S. 121.

Digitized by Google

nach dem Willen des sich Verpflichtenden auch blos civilrechtliche sein können.
(cf. Seuffert's Arch., Bd. XVI, Nr. 242, XVIII 170, XIX 183.)

90. Eine Forderung genießt im Geltstag des Bürgen kein Vorrecht, wenn nur der Schuldner, nicht aber auch der Bürge, sich in der Obligationsform verpflichtet hat.

v. Steiger c. Gemeinde Grindelwald u. Mith.

15. Dezember 1882.

Erwägungsgründe:

Im vorliegenden Falle ist zu untersuchen, ob die Bürgschaftsverpflichtung, welche einer eigenhändigen Obligation des Schuldners beigefügt ist, ebenfalls alle nach Satz. 900 C. zu einer Obligation erforderlichen Requisite aufweisen müsse, damit der Gläubiger im Geltstage des Bürgen Anweisung in Klasse V beanspruchen könne.

Beide Parteien haben sich auf die accessorische Natur der Bürgschaft berufen. Der Einspruchskläger will daraus ableiten, daß es genüge, wenn die Obligationsrequisite bei der Hauptverpflichtung vorhanden seien, um alle aus denselben sich ergebenden rechtlichen Wirkungen auch für die Nebenverpflichtung zu begründen. Die Einspruchsbeklagten dagegen und mit ihnen das erstinstanzliche Urtheil nehmen an, wenn eine bestimmte Form erforderlich sei, um für die Hauptforderung den Vorrang zu schaffen, so müsse dieselbe a fortiori auch bei der Nebenverpflichtung beobachtet werden, sofern derselben ein Vorrecht zukommen solle.

Diese Argumente sind nicht entscheidend. Die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverpflichtung besteht keineswegs in dem Umfange, daß alle rechtlichen Wirkungen von dieser auf jene ohne Weiteres übertragen werden könnten. Der Bürgschaftsvertrag ist ebenso, wie der Vertrag, aus welchem die Hauptforderung entspringt, auf den Willen des dadurch Verpflichteten zurückzuführen. Er ist, obschon zum Hauptvertrag accessorisch hinzutretend, ein besonderer Vertrag zwischen dem Gläubiger und Bürgen, welcher in vielen Beziehungen eigenen Rechtsgrundsätzen unterliegt und für die Verpflichtung des Bürgen in erster Linie maßgebend ist. Die Bürgschaft kann unter andern, namentlich leichtern Modalitäten eingegangen werden, als die Hauptverpflichtung. Auch in Bezug auf die Form der Eingehung unterliegt der Bürgschaftsvertrag besondern Vorschriften. Eine Bürgschaft über Fr. 100 a. W. muß

Digitized by Google

schriftlich errichtet werden, auch wenn die Hauptverpflichtung ohne Form gültig ist. Umgekehrt ist eine Bürgschaftsverpflichtung in einfacher Schriftform gültig, auch wenn die Hauptforderung nur unter besondern Formen gültig zur Existenz gelangt.

Aus dem Willen des Schuldners, dem Gläubiger durch die Erfüllung der Obligationsformen eine über die gewöhnliche Wirksamkeit persönlicher Forderungen hinausreichende Haftung seines Vermögens zu schaffen, kann noch keineswegs auf den Willen des in anderer Form sich verpflichtenden Bürgen geschlossen werden, ein Gleiches für sich gelten zu lassen. Es bedarf daher einer besondern Begründung des Vorrechts durch den letztern und da der hierauf gehende Wille rechtliche Geltung nur erlangt, wenn er sich in den vorgeschriebenen Formen kund gibt, der Beobachtung derselben. Allerdings tritt hierbei die accessorische Natur der Bürgschaft darin hervor, daß statt der Angabe eines eigenen Schuldgrundes die Bezugnahme auf die prinzipale Verpflichtung genügen muß.

Es ist darauf hingewiesen worden, daß die Satz. 959 ff. C. nur von der Errichtung von Obligationen durch den Schuldner sprechen. Das erklärt sich aus der historischen Entwicklung des Rechtsinstitutes. Das Concursprivilegium der bernischen Obligation ist aus der generellen Verpfändung (Generalhypothek) hervorgegangen, welche nach der frühern bernischen Gesetzgebung am Vermögen eines Schuldners bestellt werden konnte (Heusler, Concursrechte, S. 55 ff.; Rahn, in Zeitschrift für Schweiz. Recht, Bd. II, S. 28 ff.). Da es nicht im natürlichen Gange der Sache lag, vom Bürgen neben der persönlichen Verpflichtung noch die Verpfändung seines Vermögens zu verlangen und dem Gesetzgeber nur der Fall der Verpfändung durch den Schuldner vor Augen stund, so wurde bei der Abschwächung der Generalhypothek in ein Concursprivileg, in der Gerichtssatzung von 1761 und ihr folgend im Civilgesetzbuch nur der Vornahme des Akts durch den Schuldner erwähnt. Gerade aus jenem Ursprunge des Privilegs ergibt sich ein gewichtiges Argument dafür, daß seine Wirkungen auf das Vermögen des Begründenden zu beschränken sind. So wenig die vom Schuldner eingeräumte Generalhypothek das Vermögen des Bürgen zu ergreifen vermochte, so wenig darf das blos durch den Willen des Schuldners geschaffene Concursprivileg im Geltstag des Bürgen Wirkungen äußern.

Die bisher entwickelte Ansicht ist um so mehr festzuhalten, als Abweichung vom Grundprinzipe des Concurses, wonach alle Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners gleichmäßig be-

Digitized by Google

friedigt werden sollen, nicht ohne zwingende gesetzliche Gründe anzunehmen sind.

Aus der Satz. 910 C., nach welcher der Bürge „gleich dem Schuldner" haftet, kann etwas Gegentheiliges nicht entnommen werden, wie von Gatschet in einer Abhandlung (Zeitschrift des bern. Juristen-Vereins, Bd. VI, S. 76) bereits nachgewiesen worden ist.

Die Auffassung des Einspruchsklägers würde übrigens zu den unhaltbarsten Consequenzen führen. Es müßte nach derselben der Mündel für seine Forderung aus der vormundschaftlichen Verwaltung nicht nur im Geltstag des Vormundes, der Vermiether nicht nur im Geltstag des Miethers, sondern beide auch in den Geltstagen allfälliger Bürgen Anweisung in Classe IV verlangen können (siehe dagegen Urtheil vom 28. Januar 1870*); ja die Forderung müßte im Geltstag des Bürgen nach dem Datum der Hauptobligation konkurriren, auch wenn die Bürgschaft spätern Datums wäre, da jenes als das Datum der Begründung des Vorrechts anzusehen wäre (§ 586, Absch. 2, V.-V.).

Der hier vertretenen Ansicht hat sich die bernische Rechtsliteratur (Leuenberger, Vorlesungen II, 2, 985; Kurz, Rechtsfreund, S. 317; Gatschet a. a. O., S. 73) sowohl als die Praxis angeschlossen.

Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern vom Jahre 1882.

Mitgetheilt von Oberrichter Dr. Carl Attenhofer.

(Fortsetzung.)

1. Zur Frage der Verpflichtung der Familie durch Rechtsgeschäfte, welche der Hausfohn Dritten gegenüber abschließt.

Wirth M. hatte an Jos. B. Forderungen, welche ursprünglich einen liegenden Charakter hatten, die aber in der Folge in's Fahrende übergingen. Unterm 20. November 1879 wurde nun von Anton St. Namens der Familie St. zu Gunsten des Wirth

*) Ztschr. VI, S. 51.

Digitized by Google

M. ein Verpflichtungsakt ausgestellt, der wörtlich dahin lautet: „Unterzeichneter erklärt hiemit für sich und als Bevollmächtigter für Familie und seine Mutter, Frau St. geb. W., für die auf Jos. B. ab U. anbetriebenen und in's Fahrende gekommenen Zinse und Zahlungen sammt Kosten nebst zwei Wechseln mit Zins und Kosten, zusammen betragend 1300 Fr., als Zahler gutzustehen und selbe Summe bis 4. Dezember 1879 zu bezahlen und unbedingt für genannte Summe als Zahler zu haften.

„M. den 20. November 1879.

„Gut für dreizehnhundert Franken

Der Sohn Namens der Familie St.
sig. Anton St."

Wirth M. belangte nun, gestützt auf diesen Verpflichtungsakt, die Frau St. geb. W. und den Sohn Anton St. noch um den Betrag von 876 Fr. nebst Zins. Die Beklagten erhoben diesfalls unter Anderem folgende Einreden:

es könne der Sohn Anton St. weder

1. sich selbst noch
2. seine Mutter verpflichten.

Obergerichtlich wurde Kläger mit seiner Forderung abgewiesen.

Motive:

Die beiden Einreden der Beklagten müssen als begründet erachtet werden. Was zunächst die Einrede betrifft, es könne Anton St. sich selbst nicht verpflichten, so besagt eine zu den Akten gebrachte Bescheinigung der kompetenten Vormundschaftsbehörde, daß der Vater des Anton St. eigenen Rechtes und mithin der natürliche Beistand seiner Ehefrau und Kinder ist. Es greift daher hinsichtlich des Sohnes Anton St. die Bestimmung des § 75 des b. G.-B. Platz, wonach derselbe, weil unter väterlicher Gewalt stehend, für sich keine gültige Verbindlichkeit eingehen konnte. Eine Einwilligung oder Vollmacht von Seite des Vaters liegt nicht vor, beziehungsweise ist nicht nachgewiesen, so wenig als § 76 Abs. 2 des b. G.-B. zutreffend erklärt werden könnte. Anbelangend sodann die zweite Einrede, es könne Sohn Anton St. auch seine Mutter nicht rechtsgültig verpflichten, so steht auch diesem Einwande die citirte gemeinderäthliche Bescheinigung zur Seite. Nun behauptet Kläger allerdings und wird auch vom Untergericht angenommen, es habe sich das Verhältniß der Familie St., seitdem sie das Heimwesen U. gekauft, in der Weise geändert, daß Sohn Anton St. für die Familie St. geschaltet und gewaltet habe. Es hafte somit der Vater, resp. die ganze Familie St., für die vom

Digitized by Google

Sohne Anton St. vorgenommenen Rechtsgeschäfte aus dem Gesichtspunkte des § 77 des b. G.-B. Allein diese Behauptung widerspricht schon einer Anzahl von Privatzeugnissen, die alle darin einig sind, daß Vater St. Käufe und Verkäufe selbst abgeschlossen, Zahlungen persönlich entrichtet, kurz seine Geschäfte selbst besorgt habe. Ihre eigentliche Widerlegung findet aber sie (die Behauptung) durch den Kaufs-Vertrag um die Liegenschaft U., auf welchem allerdings Sohn Anton St. den 8. April 1880 unterschreibt, aber nur als Bevollmächtigter seiner Mutter, Frau St. geb. W., als Käuferin laut Vollmacht vom 8. April 1880. Es folgt hieraus evidentermaßen, daß der Sohn Anton St. einer speziellen Vollmacht bedurfte, sofern er für seine Mutter oder ein anderes Mitglied der Familie St. verbindliche Verträge abschließen wollte, und keineswegs eo ipso hiezu befugt war. Um endlich den vom Kläger diesfalls angestrengten Zeugenbeweis zu berühren, so kann derselbe durchaus nicht als gelungen bezeichnet werden und spricht derselbe vielmehr für die soeben entwickelte Anschauung. Nach alledem erscheint klar, daß Anton St. mit dem mehrbenannten Verpflichtungsakte seine Mutter so wenig als sich selbst verpflichten konnte, und muß diesem letztern demnach alle und jede rechtliche Bedeutung abgesprochen werden. (Obergericht, 7. Juni Nr. 6.)

2. Einzinserei. Rechtliche Natur der in Folge Schuldbetreibung eintretenden Deposition der Zinsbeiträge durch die Einzinser.

In Folge Betreibung der H.- und K.-Kassa in S. pr. Abtretung des Anton A. gegen Andreas A. und Mithafte wurde der Gerichtspräsident von S. wegen Nichtvollziehung der Aufrechnung über Alt-Botenweibel B. Rechtsschuldner für 1877er-Zins eines Gültkapitals von Fr. 5000, welchen Betrag nebst Kosten mit zusammen **Fr. 256. 15** der Gerichtspräsident von S. bezahlte. In Hinsicht auf § 27, Abs. 2 des Sch.-B.-G., gemäß welchem der Gerichtspräsident in die Fußstapfen des von ihm bezahlten Gläubigers gegenüber dem ursprünglichen Schuldner eintritt, belangte nun der Gerichtspräsident den Andreas A. und Mithafte um Rückvergütung des von ihm als Rechtsschuldner bezahlten Betrages. Gegen diese Forderung erheben die Beklagten wesentlich folgende Einwendungen:

a) sie seien durch Deposition bei Botenweibel B. von der Schuldpflicht befreit;

Digitized by Google

b) der Hauptzinser Andreas A. sei für die fehlende Rate der Mithafte nicht haftbar, weil mit dem Uebergange des fraglichen Zinses in's Fahrende das solidarische Verhältniß unter den mehrern Schuldpflichtigen aufgehört habe;

c) die angerufene Bestimmung des § 27 des Sch.-B.-G. treffe nicht auf den ursprünglichen Schuldner, welcher bezahlt, sondern nur auf denjenigen Schuldner zu, welcher mit der Zahlung im Rückstande sei. Im gegebenen Falle treffe die Beklagten kein Verschulden, wohl aber den Kläger, welcher seinen Pflichten als Betreibungsbeamter nicht nachgekommen sei.

Das Obergericht erkennt: die Beklagten haben an Kläger **Fr. 245. 40**, und zwar ohne solidarische Haftbarkeit, zu bezahlen.

Motive:

1. Bei Prüfung der erstangeführten Einrede ist davon auszugehen, daß der als Rechtsschulder zahlende Gerichtspräsident gemäß cit. § 27 Abs. 2 des Sch.-B.-G. in die Fußstapfen des von ihm bezahlten Gläubigers gegenüber dem ursprünglichen Schuldner tritt. Da sonach die Deposition der Zinsraten den Einzinspflichtigen dem als Rechtsschuldner zahlenden Gerichtspräsidenten gegenüber in die ganz gleiche, bezw. in keine bessere Rechtsstellung versetzt, als wider den Ansprecher selbst, so ist diesfalls lediglich die Frage zu untersuchen, ob eine solche Deposition diesem letztern gegenüber die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung begründe; denn es ist klar, daß nur unter dieser Voraussetzung der Schuldner wider den ihn belangenden Gläubiger sich wirksam auf die erfolgte Deposition des eingeklagten Betrages berufen kann. Diese Frage ist nach hierseitiger Ansicht aus folgenden Gründen zu verneinen:

Es steht außer Zweifel, daß der Einzinspflichtige bei Schuldbetreibungen nach § 15 des Sch.-B.-G. berechtigt ist, seine Zins- und Abzahlungsrata zu deponiren. Diese Befugniß des Schuldners, wenn auch im Gesetze nicht besonders ausgesprochen, ist durch das Herkommen und die gerichtliche Praxis begründet, resp. fortwährend anerkannt worden. (Vide obergerichtlichen Rechenschaftsbericht vom Jahr 1858, S. 70; Weisung der Justizkommission vom 31. Oktober 1871, amtliche Sammlung, neue Folge S. 183, und hierin angerufene Präjudikate.) Ebenso ist richtig, daß die Hinterlegung nach § 759 des b. G.-B. gemäß § 760 eodem für den Deponenten die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung hat. Nun ist aber zu bemerken, daß der cit. § 759 die Befugniß des Schuldners, den Schuldbetrag zu deponiren, auf besondere Fälle beschränkt. Keiner dieser Fälle trifft bei der Hinter-

Digitized by Google

rechtlegung nach § 15 des Sch.-B.-G. zu. Es stellt sich letztere als ein durchaus eigenartiges, mit den Rechtsverhältnissen der Einzinserei verwachsenes Institut dar, welches speziell dem Bedürfnisse entsprungen ist, dem zahlungswilligen und zahlungsfähigen Mitschuldner — Angesichts der gesetzlichen Befugniß des Gläubigers, Theilzahlungen nicht anzunehmen und trotz solcher die Betreibung auf den Träger als Repräsentanten der Gesammtschuldnerschaft durchzuführen, — eine Möglichkeit zu verschaffen, den Rechtstrieb und dessen Folgen von sich abzulenken. Die Wirkung der Zahlung im obenbezeichneten Sinne kommt aber dieser Deposition nicht zu, was sich namentlich aus Folgendem ergibt:

a) Diese Wirkung ist der gedachten Deposition durch die Uebung und gerichtliche Praxis, auf welcher einzig ihre Berechtigung beruht, nie zuerkennt worden. Ueberall wird mit dieser Deposition bloß die formelle Wirkung verbunden, daß der deponirende Schuldner den Rechtstrieb von sich ab- und auf die säumigen Einzinser hinlenken könne. Hiemit ist aber noch keineswegs ausgesprochen, daß der Deposition auch die, die Schuld selbst tilgende Wirkung der Zahlung zukomme.

b) Ferner spricht ein wichtiger innerer Grund dagegen, der Hinterlegung nach § 15 des Sch.-B.-G. die Wirkung der Zahlung beizumessen. Die Voraussetzungen, unter welchen das b. G.-B. (§§ 759 und 760) diese Wirkung mit der Zahlung verbindet, beziehen sich auf jene Fälle, wo der Gläubiger sich im Verzuge befindet, d. h. wo der Schuldner in Folge eines dem Gläubiger anzurechnenden Umstandes seine Schuld an jenen selbst nicht abtragen kann. Dieses ist auch offenbar der innere Rechtsgrund dafür, daß in jenen Fällen der Gläubiger sich Etwas als Zahlung anrechnen lassen muß, was für ihn effektiv nicht Zahlung ist. In den hier genannten Fällen befindet sich der Gläubiger überall nicht im Verzuge; denn derselbe ist von Gesetzeswegen gar nicht gehalten, eine Theilzahlung anzunehmen. Es läge nun offenbar etwas Ungereimtes darin, wenn ein Ansprecher zwar nicht gehalten sein sollte, die Zahlung eines Theilbetrages selbst anzunehmen, wohl aber die bloße Deposition eines solchen sich insoweit als Zahlung gefallen lassen müßte.

c) In den Fällen des § 759 des b. G.-B. erscheint der Depositar als Stellvertreter des Ansprechers, welcher entweder unbekannt ist, oder die Annahme der Zahlung verweigert. Nicht so in dem vorliegend in Frage stehenden Falle. Hier ist eine Stellvertretung für den Gläubiger gar nicht nothwendig, indem dieser weder unbekannt ist, noch die Annahme

Digitized by Google

der Zahlung von ihm (widerrechtlich) verweigert wird. Der Botenweibel als Depositar handelt hier vielmehr als Stellvertreter der Mithaften, wenn er an Stelle des Tragers die einzelnen Theilbeträge sammelt, nicht anders, als wie bei allseitig freiwilliger und rechtzeitiger Zahlung der Trager selbst funktionirt. Es sind daher auch die deponirenden Einzinspflichtigen, welche dem Botenweibel die Depositionsgebühren zu bezahlen haben. Wenn aber der Letztere bei Deposition der Einzinsraten diese nicht als Stellvertreter des Ansprechers, sondern an Stelle der Mithaften in Empfang nimmt, so folgt hieraus, daß diese Deposition dem Ansprecher gegenüber so wenig als Zahlung gelten kann, wie dieses bezüglich der Zahlung der Einzinsraten an den Trager der Fall ist.

Dem Gesagten gemäß sind die Beklagten nicht berechtigt, dem Gläubiger, bezw. dessen Rechtsnachfolger, gegenüber auf die Deposition ihrer Schuldraten beim Botenweibel sich zu berufen, und es fällt damit die erste und gewichtigste beklagtische Einwendung dahin.

2. Die unter litt. b erwähnte Einwendung ist bereits von der ersten Instanz als begründet erklärt worden. Die daherige Anschauung stimmt mit der obergerichtlichen Praxis überein, welche für das Rechtsverhältniß der Einzinserschaften den Grundsatz aufstellt: Die Einzinser haften bloß subsidiär für die ganze Schuld, und sei die Schuld fahrender Natur geworden, so höre das solidarische Verhältniß ganz auf. Auf Grundlage dieser Anschauung hat die erste Instanz eine solidarische Haftbarkeit der Beklagten, resp. des Tragers, nicht anerkannt.

3. Betreffend die Einwendung unter litt. c ist hier in Ergänzung der daherigen Erörterung im erstinstanzlichen Urtheile zu bemerken, daß es sich vorliegend nicht um eine Schadenersatzklage handelt. Der klägerische Anspruch gründet sich einfach auf die Thatsache der geleisteten Zahlung an den Gläubiger und auf den vom Gesetze hieran geknüpften Uebergang der Forderung auf den Rechtsschuldner. Zudem ist, — abgesehen davon, ob ein Schaden überhaupt objektiv vorliege, d. h. ob die deponirten Beträge von Seite des Alt-Botenweibel B. nicht wieder einbringlich seien, — die Frage, wer endlich den Schaden zu tragen hätte, dermalen ohnehin noch eine unausgetragene. Endlich ist es offenbar zutreffend, wenn das Untergericht bemerkt, Kläger habe seinerseits, sofern hier überhaupt von schuldhaftem Verhalten die Rede sein sollte, die Folgen hievon bereits getragen, indem er den fraglichen Betrag als Rechtsschuldner bezahlt hat, und — darf im gegebenen

Digitized by Google

Falle hinzugefügt werden — die Rückvergütung des Bezahlten erstreiten muß. (Obergericht, 10. Juni 1882, II.)

3. Zur Frage der Haftbarkeit der Ersparnißkassen für die Einnehmer den Einlegern gegenüber. Novation. Dieselbe setzt voraus, daß der Wille der Contrahenten, die bestehende Obligation aufzuheben und an deren Stelle eine andere zu setzen, deutlich erkennbar ist.

Jos. F., welcher bei der Ersparnißkasse der Stadt Luzern auf Kassaschein Nr. 36,246 unterm 1. Oktober 1873 eine verzinsliche Baareinlage von Fr. 930 gemacht hatte, verlangt von derselben Rückzahlung derjenigen Einlagen, welche in benanntem Kassascheine von dem frühern Einnehmer der Ersparnißkasse, dem seither verstorbenen C. L. in R., als Rückzahlungen eingetragen sind, an Kläger aber nicht geleistet worden seien.

Beklagte anerkennt die behauptete Einlage, bestreitet aber das klägerische Rückzahlungsbegehren mit Bezug auf die an den Einnehmer L. bereits zurückbezahlten, in's Kassabüchlein als Rückzahlungen eingetragenen und von L. quittirten Beträge, indem sie geltend macht:

a) die Quittung des Einnehmers im Kassabüchlein begründe und beweise die Tilgung der Schuld auch dem Einleger gegenüber;

b) ohnedem habe zwischen Einnehmer L. und Kläger eine Novation stattgefunden, indem L. dem Letztern am 24. Juni 1880 einen Schuldtitel ausgestellt habe.

Obergerichtlich wurde die klägerische Forderung guterkennt.

Motive:

Die Klage, welche der Gläubiger anstellt, qualifizirt sich als die Klage aus einem Darleihen. Dieser Darleihensklage gegenüber wird von der Beklagtschaft in erster Linie die Einrede der Zahlung erhoben, indem die Quittung des Einnehmers im Kassabüchlein die Tilgung der Schuld auch dem Einleger gegenüber beweise. Bezüglich dieser Einrede ist vorab in thatsächlicher Hinsicht zu konstatiren:

a) Daß die in Rede stehenden Beträge von der Beklagten an den Einnehmer L. zurückbezahlt worden sind. Es ergibt sich dies aus den bezüglichen, von L. unterzeichneten Einträgen im Kassabüchlein, wonach an Rückzahlungen geleistet wurden:

Digitized by Google

1875, Sept. 26.	Fr.	10,
1878, Juni 30.	„	350,
Dez. 30.	„	500,
1879, Aug. 20.	„	200,
zusammen	Fr.	1060

Die Richtigkeit der bezüglichen beklagt. Behauptung ergibt sich des Fernern aus den Zugeständnissen des Einnehmers L. in der diesbezüglich gegen ihn geführten Strafuntersuchung.

b) Daß Einnehmer L., welcher in der Folge in Konkurs gefallen ist, die fraglichen Beträge an den Kläger nicht abgeliefert, sondern in eigenem Nutzen verwendet hatte. Dies ergibt sich aus den von L. an gleichem Orte gemachten Zugeständnissen, sowie aus einer von ihm zu Gunsten des Klägers ausgestellten Schuldverpflichtung vom 24. Juni 1880, wonach er Letzterm „infolge Abrechnung" die Summe von Fr. 1080 schuldig geworden zu sein bekennt.

Wenn es sich nun aber fragt, ob durch Rückzahlungen an den Einnehmer und durch die bezüglichen Einträge und Quittungen des Letztern im Kassabüchlein die Schuldverpflichtung der Beklagten gelöst worden sei, so ist diese Frage zu verneinen.

Durch die Baareinlage wurde ein Schuldverhältniß zwischen der Beklagten und dem Kläger begründet; der Einnehmer L. war hiebei lediglich als Vermittler zwischen den Parteien und in keiner Weise als Contrahent, weder als Gläubiger der Beklagten noch als Schuldner dem Kläger gegenüber, betheiligt. Diese Schuld der Beklagten konnte daher auch bloß durch eine Leistung an den Kläger getilgt werden. Ein Anderes wäre offenbar nur dann der Fall, wenn entweder die Beklagte sich durch vertragsgemäße Vereinbarung ausbedungen hätte, Rückzahlungen nur an den betreffenden Einnehmer zu leisten und einer weitern Verantwortlichkeit für die Ablieferung an den Einleger enthoben zu sein, oder aber wenn der Einnehmer zur Empfangnahme der Rückzahlungen und zur rechtsverbindlichen Quittung für dieselben vom Einleger bevollmächtigt gewesen wäre.

Beides trifft im gegebenen Falle nicht zu.

Allerdings ist in den Sparkassabüchlein der beklagten Gesellschaft die Bestimmung enthalten: „Für Rückzahlungen auf Kassabüchlein, die in unrechtmäßige Hände gerathen sind, übernimmt die Ersparnissa-Cassa keine Verantwortlichkeit." Allein diese Bestimmung trifft, abgesehen von der Frage ihrer rechtlichen Gültigkeit für alle Fälle, vorliegend offenbar nicht zu. Denn da der Ein-

Digitized by Google

nehmer zugestandenermaßen im Auftrage der Beklagten Einlagen zu Handen derselben entgegen zu nehmen und Rückzahlungen zu vermitteln hatte, so war das Kassabüchlein in Handen des Einnehmers nicht in „unrechtmäßigen Händen".

Die Beklagte behauptet freilich, es sei der Kläger mit dem Bezuge der Rückzahlungen durch den Einnehmer ohne Ablieferung an ihn jeweilen einverstanden gewesen. Allein hiefür ist keinerlei Nachweis erbracht. Es ist sehr wohl möglich, daß Kläger die bezüglichen Einträge im Kassabüchlein nicht beobachtet hat, wenn auch ein zureichender Beweis für die Behauptung desselben, er habe den Kassaschein dem Einnehmer L. zur Verwahrung übergeben, nicht vorliegt. Indessen ergibt sich aus der gegen L. geführten Strafuntersuchung (Faszikel II), daß Letzterer auch für eine fernere Einlegerin Rückzahlungen bezogen, ohne daß diese hievon Kenntniß hatte. Die bezüglichen Aussagen verdienen um so mehr Glauben, als bei Abgabe derselben die Sache von der Beklagten geordnet, d. h. der Betrag der Rückzahlungen vergütet worden war.

Daß nach dem Grundsatze «scriptura pro scribente non probat» der Eintrag im Kassabüchlein an und für sich die geleistete Rückzahlung nicht beweisen könne, bedarf keiner weitern Ausführung. Es ist dann gleichgültig, ob der Eintrag von der Verwaltung selbst oder aber vom Einnehmer gemacht worden sei, denn Letzterer handelt hiebei lediglich als Repräsentant der Erstern dem Einleger gegenüber. Und daß der Bezug der Rückzahlung durch den Einnehmer und die Quittung des Letztern die Ersparnißkasse von ihrer Schuldpflicht nicht befreien könne, ergibt sich aus dem Gesagten, indem der Einnehmer nicht Gläubiger ist, und ein Nachweis dafür nicht vorliegt, daß der Gläubiger ihn zum Bezuge der Zahlungen bevollmächtigt habe oder hiemit, ohne Ablieferung an ihn (den Einleger), einverstanden gewesen sei.

Es bleibt demnach noch die weitere Einrede der Beklagtschaft zu untersuchen: ob in Bezug auf das in Frage liegende Rechtsverhältniß eine Novation stattgefunden habe. Bei Prüfung dieser Einrede ist davon auszugehen, daß — sofern nachweisbar eine eigentliche Novation zwischen dem Kläger und dem Einnehmer L. stattgefunden hat — hiedurch jenes Rechtsverhältniß auch der Beklagten gegenüber vollständig gelöst worden ist. Wenn auch, wie die erste Instanz angenommen, auf den vorliegenden Fall die gemeinrechtlichen Grundsätze der sog. actiones adjectitiæ qualitatis, gemäß welcher Jemand aus der Handlung oder Unterlassung eines Andern neben diesem Letztern als Selbstschuldner, resp. als Correalschuldner von Rechtswegen haftet, Anwendung finden würden, so könnte doch der vom erstinstanzlichen Richter aus diesem

Digitized by Google

Correalverhältnisse gezogenen Schlußfolgerung, daß durch die vom einten Schuldner mit dem Gläubiger vorgenommene Novation der andere Schuldner nicht liberirt werde, hierorts nicht beigepflichtet werden. Denn die Novation gehört zu jenen Erlöschungsgründen, welche den objektiven Bestand der Obligation aufheben, so daß in Folge dessen, wenn die Novation bei einer aktiven oder passiven Correalobligation in der Person eines Gläubigers oder Schuldners eintritt, das Erlöschen der gesammten Correalobligation herbeigeführt wird. (L. 31, § 1, de novat. 46, 2.)

Vorliegend hat aber eine Novation nicht stattgefunden. Damit eine solche eintrete, ist erforderlich, daß eine daherige Vereinbarung in der bewußten Absicht erfolge, das zu novirende alte Rechtsverhältniß aufzuheben, indem diese Absicht (animus novandi) zum Begriffe des Novationsvertrages gehört. Daß aber im gegebenen Falle eine solche Vereinbarung stattgefunden habe, ist in keiner Weise nachgewiesen. Dem bereits oben erwähnten Schuldtitel vom 24. Juni 1880 kann an und für sich die Bedeutung einer solchen vertraglichen Abmachung nicht zukommen. Es ist nämlich nicht nachgewiesen, daß die Ausstellung des Titels auf Grund einer vorausgegangenen gegenseitigen Vereinbarung erfolgte, und der Kläger bestreitet, denselben in anderm Sinne, außer als bloßes Schuldbekenntniß für Nichtablieferung der bezogenen Zahlungen, angenommen zu haben. Derselbe hat denn auch von diesem Titel keinen andern Gebrauch gemacht, sondern ist gegen L. mit einer Strafklage aufgetreten. Obergericht, 14. Juli, Nr. I.

4. Zur Frage der rechtlichen Stellung des Beistandes und der Vormundschaftsbehörde den Verbeiständeten gegenüber.

Die Geschwister R. fordern von den Intestaterben der am 29. Dezember 1880 verstorbenen Magdalena R. den Betrag von Fr. 4254. 40 nebst Zins vom 12. Januar 1880 und gründen ihr Begehren auf folgende thatsächliche Momente.

Durch eine letztwillige Verordnung vom 21. Mai 1875 hat die Wittwe Magdalena R. die Klägerinnen als Erben zu der Hälfte ihres einstigen Nachlasses eingesetzt. Da diese letztwillige Verordnung von den Intestaterben der Erblasserin resp. den Beklagten nicht bestritten, so sei die Hälfte des noch vorfindlichen Vermögens im Belaufe von Fr. 12,381. 44 an die Bedachten ausgefolgt worden. In der Folge habe sich nun aber ergeben,

Digitized by Google

daß noch bei Lebzeiten der Erblasserin, beziehungsweise den 12. Jänner 1880, die beklagtischen Intestaterben bereits einen Theil des Vermögens derselben, nämlich die Summe von Fr. 17,017. 84 ohne Wissen und Willen der Erblasserin zur Hand bezogen, und unter gemeinderäthlichet Mitwirkung unter sich vertheilt hatten. Diese vorzeitige Theilung sei aber offenbar ungesetzlich und ungültig, und gehöre das vertheilte Guthaben in den Nachlaß der Magdalena R. sel. Die Klägerinnen seien daher berechtigt, von den Beklagten das bezogene Betreffniß im eingeklagten Betrage als laut Testament ihnen zugehörend, zurückzufordern.

Die Beklagten bestreiten die klägerische Forderung und berufen sich zur Begründung dieser Bestreitung auf Folgendes:

Die Abmachung vom 12. Januar 1880 habe den Charakter eines unter vormundschaftlicher Mitwirkung rechtsgültig zu Stande gekommenen Vertrages. Die Präsumtiverben hätten darin die Pflicht übernommen, die Erblasserin in gesunden und kranken Tagen standesgemäß zu erhalten; als Gegenleistung für diese Verpflichtung sei ein Theil ihres Vermögens unter ihnen amtlich vertheilt worden. Wenn auch die Magdalena R. bei der Verhandlung vom 12. Januar 1880 persönlich nicht mitgewirkt habe, da sie bei ihrem damaligen körperlichen und geistigen Zustande hiezu nicht fähig gewesen wäre, so sei die daherige Verhandlung von dem außerordentlichen Beistande der Erblasserin sowie vom ganzen Gemeinderath von Sch. unterzeichnet worden.

Obergerichtlich wurde erkennt: die Beklagtschaft sei gehalten, der Klägerin die geforderte Summe von Fr. 4254. 46 nebst Zins seit dem 12. Januar 1880 zu bezahlen.

Motive: Wenn der Uebereinkunft vom 12. Januar 1880 im Sinne der Behauptung der Beklagten der Charakter eines zweiseitigen Vertrages zukommen soll, so ist vor Allem zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines solchen vorhanden seien. Hiefür fehlt nun eine wesentliche, unerläßliche Bedingung, nämlich die Einwilligung der einen Vertragspartei, der Magdalena R. sel.; die Beklagtschaft gibt nämlich zu, daß dieselbe bei der Verhandlung vom 12. Januar 1880 persönlich nicht mitgewirkt habe. Daher wird es sich fragen, ob die erforderliche Einwilligung der Erblasserin durch die Mitwirkung des außerordentlichen Beistandes und der Vormundschaftsbehörde ersetzt worden sei. Diese Frage ist zu verneinen. Die Mitwirkung des bestellten außerordentlichen Beistandes, Gemeindeschreiber U., kann deßwegen schon nicht genügen, weil derselbe in seiner

Digitized by Google

Stellung als Beistand gemäß § 36 des Vormundschaftsgesetzes lediglich berechtigt gewesen wäre, allfälligen Vermögensverfügungen der Magdalena R. seine Zustimmung zu ertheilen, in keinem Falle aber ohne deren Einwilligung eine solche Verfügung selbst zu treffen. Es ist nicht erfindlich, woher einem Beistande eine solche Befugniß zukommen sollte. Allein auch die Mitwirkung des Gemeinderathes resp. der Vormundschaftsbehörde genügt nicht. Es mag freilich nicht bestritten werden, daß unter Umständen dem Gemeinderathe in vormundschaftlicher Sorge für das Wohl eines willens- und handlungsunfähigen Bevormundeten die Befugniß zustehen könnte, einen sog. Leib- und Gutvertrag abzuschließen. Um einen solchen handelt es sich aber bei der Uebereinkunft vom 12. Januar 1880 offenbar nicht. Allerdings haben die Präsumtiverben hiebei die Verpflichtung übernommen, die Magdalena R. in gesunden und kranken Tagen zu unterhalten, sofern ihr eigenes Vermögen hiezu nicht ausreichen sollte. Allein diese Verpflichtung ist offenbar nebensächlicher Natur und kann im Ernste nicht als Aequivalent für die erhaltenen Vermögenszuwendungen betrachtet werden, denn

a) vorab war überhaupt kein Anlaß vorhanden, die Pflege der Erblasserin fremder Fürsorge anheim zu geben, da ihr eigenthümliches Vermögen von Fr. 30,000 hiefür ja immer ausgereicht hätte, zumal dieselbe damals schon im hohen Alter stand;

b) unbestrittenermaßen sind die Beklagten auch nicht in den Fall gekommen, die Magdalena R. zu unterhalten.

Nach allen prozedürlichen Umständen handelte es sich bei der Abmachung vom 12. Januar 1880 nach der Intention der dabei speziell Mitwirkenden nicht um einen Leib- und Gutvertrag. Der wahre Charakter dieser Abmachung liegt klar zu Tage, es handelt sich hiernach einfach um eine vorzeitige theilweise Zuschöpfung des Vermögens der nicht vollständig handlungsfähigen Magdalena R. an die Präsumtiverben derselben. Daß eine derartige Beerbung bei Lebzeiten der Erblasserin auch mit gemeinderäthlicher Mitwirkung nicht rechtsgültig sein kann, bedarf keiner weitern Ausführung. Sache des Gemeinderathes ist es lediglich, das Vermögen der Pflegebefohlenen zu verwalten und für den Beistand derselben zu sorgen, nicht aber an Dritte zu veräußern resp. zu verschenken, und wenn es auch die einstigen Erben der Pflegebefohlenen wären. (Obergericht, den 18. Juli, Nr. II.)

Digitized by Google

5. Entschädigungsforderung gegen eine bevogtete Person im Sinne des § 64 des Vormundschaftsgesetzes.

Holzhändler H. belangt die Marie K. um Ersatz des Werthes von Zuwendungen, welche er der Letzteren unter der Voraussetzung nachheriger Verehelichung mit derselben gemacht haben will, welche Voraussetzung dann aber zufolge einseitigen Rücktrittes der Beklagten von dem abgegebenen, und bereits im Kantonsblatte publicirten Eheversprechen nicht eingetroffen ist. Die Beklagte, beziehungsweise deren Vormund, bestreitet diese Forderung, indem sie unter Anderm auf die Art. 63 und 64 des Vormundschaftsgesetzes, nach welchem sie in ihrer Eigenschaft als Bevogtete auch durch solche Zuwendungen nicht verpflichtet werden konnte, sich beruft. Obergerichtlich wurde Kläger mit seiner Forderung abgewiesen.

Motive:

Allerdings muß zwar der Schutz, welcher durch die Condictionen namentlich auch durch die condictio sine causa, gewährt wird, auch gegenüber Bevogteten zugestanden werden in der Weise, daß Vermögensstücke, welche ohne rechtlichen Grund in den Besitz solcher Personen gelangt sind, resp. darin sich befinden, condicirt werden können. Allein Kläger erklärt selbst die übergebenen Gegenstände nicht in natura zurückfordern zu wollen. Es handelt sich daher in Wirklichkeit um eine Entschädigungsforderung, welche gemäß § 64, 2. Satz des Vormundschaftsgesetzes nur aus Grund einer verbotenen Handlung zulässig wäre; daß aber weder die Nichthaltung des Eheversprechens, noch auch die Verwendung der erhaltenen Gegenstände auf Seiten der Beklagten eine verbotene Handlung im Sinne des alleg. § 64 des V.-G. begründet, bedarf keiner weitern Ausführung. (Obergericht 19. Juli 1882, Nr. 6.)

6. Schadensersatzklage gegen einen Beamten, der eine unächte Unterschrift als ächt beglaubigte; zur Interpretation des § 592 des b. G.-B.; culpa culpa compensatur.

Geschäftsagent F. machte dem Jakob B. ein Gelddarleihen laut 5 Wechseln im Betrage von 8300 Fr. Als Sicherheit hiefür sollte ihm ein vom 15. Januar 1878 datirter Verpflichtungsakt dienen, wornach Jost B. gegenüber dem Gläubiger, dem Geschäftsagenten F., für die Summe von 10,000 Fr., welche derselbe

Digitized by Google

benanntem Jakob B. anleihen werde, als Bürge und Selbstzahler zu haften sich erklärte. Die Aechtheit der Unterschrift des Bürgen und Zahlers war beglaubigt durch den Gemeinderathspräsidenten P. Unterm 29. Mai 1879 gerieth der Hauptschuldner Jakob B. in den Konkurs. Geschäftsagent F. belangte nun den vermeintlichen Bürgen Jost B., welcher aber die Zahlung verweigerte, indem er sich auf die Unächtheit der Unterschrift auf dem fraglichen Bürgschaftsakte berief, welche Unächtheit dann auch durch Expertisen konstatirt wurde. Im daherigen Prozesse war der Beklagte regressirt. Ueberdies hat der ursprüngliche Schuldner Jakob B. in dem gegen ihn geführten Strafprozesse die Fälschung zugestanden und ist dafür bestraft worden. In Folge dessen belangte nun Geschäftsagent F. in Hinsicht auf die Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes und des § 715 des b. G.-B. den Gemeinderathspräsidenten P. um Ersatz des ihm erwachsenen Schadens, und zwar im Belaufe des dem Jakob B. gemachten Darlehens nebst Zins und mit Inbegriff der ergangenen Kosten, zusammen im Betrage von 9064 Fr. 55 Ct. Der Beklagte erhebt gegenüber der Klage unter Anderm folgende Einwendungen: „Der fragliche Verpflichtungsakt, auch wenn Jost B. ihn wirklich unterzeichnet hätte, wäre gleichwohl nicht rechtsverbindlich gültig gewesen, da hiefür gemäß § 592 des b. G.-B. in Verbindung mit einer konstanten obergerichtlichen Praxis der erforderliche Gutstand fehle."

Obergerichtlich wurde erkennt, der Beklagte habe an die eingeklagte Forderung die Summe von 5986 Fr. 47 Ct. an den Kläger zu bezahlen, mit der Mehrforderung sei Letzterer abzuweisen.

Motive:

Bei Prüfung der vom Beklagten erhobenen Haupteinwendung ist davon auszugehen, daß, da derselbe auf Grund einer Schadenszufügung belangt wird, demselben alle jene Einreden zustehen müssen, welche darauf hinzielen, es sei dem Kläger durch die betreffende Handlung ein Nachtheil in Wirklichkeit nicht erwachsen. Unter diesem Gesichtspunkte darf der Beklagte auch die angeführte Einrede, es wäre der fragliche Verpflichtungsakt, auch wenn Jost B. denselben unterzeichnet hätte, gleichwohl nicht rechtsverbindlich gewesen, da der erforderliche Gutstand im Sinne des § 592 des b. G.-B. fehle, vorschützen, und es ist hiebei durchaus gleichgültig, ob auch Jost B. dieselbe im Vorprozesse geltend gemacht habe oder aber nicht. Nun fällt aber in Betracht, daß der erheblich gemachte formelle Mangel eine absolute Ungültigkeit des betreffenden Verpflichtungsaktes nicht begründet, denn die obergerichtliche Praxis hat immer daran festgehalten, es sei die Form-

Digitized by Google

vorschrift des § 592 des b. G.-B. lediglich als ein Sicherungsmittel gegen betrügliche Erschleichung von Unterschriften auf Verpflichtungsakten zu verstehen, und könne deßhalb ein daheriger Mangel durch anderweitige Nachweise für die Richtigkeit des Verpflichtungsaktes ergänzt werden. Diese Befugniß hätte nun auch dem Kläger zustehen müssen, sofern Jost B. die Aechtheit seiner Unterschrift hätte gelten lassen müssen, dagegen jenen formellen Mangel vorgeschützt hätte. Gerade der Umstand, daß die Aechtheit der Unterschrift auf dem Akte selbst durch einen beeidigten Beamten beglaubigt war, wäre hiebei ein nicht zu verkennendes Indicium dafür gewesen, es habe Jost B. mit Unterzeichnung des Aktes wirklich auch die darauf erklärte Verpflichtung eingehen wollen. In jedem Falle wäre dem Kläger das Beweismittel des Schiedseides zugestanden. Das Alles fällt nun aber dahin, nachdem die Unterschrift des Jost B., trotz Beglaubigung des Beklagten, sich als unächt erwiesen hat, denn ein überhaupt nicht unterzeichneter und nie existent gewordener Verpflichtungsakt läßt sich als solcher selbstverständlich auch anderweitig nicht nachweisen. Die vorgeschützte Einwendung kann daher den Beklagten nicht vollständig entlasten. Immerhin fällt auch dem Kläger ein Verschulden zur Last, indem derselbe einen Verpflichtungsakt angenommen, welcher einen formellen Mangel an sich trug. Denn es kann angenommen werden, daß, wenn Kläger auf Erfüllung jener Formvorschrift gedrungen hätte, hiedurch die Fälschung wesentlich erschwert worden wäre. Es rechtfertigt sich demnach in Anwendung des § 720 des b. G.-B. eine Theilung des dem Kläger erwachsenen Schadens, und zwar wird mit Rücksicht auf die gegebenen Verhältnisse das Maß dieser Theilung nach richterlichem Ermessen dergestalt festgestellt, daß Kläger $^1/_3$ des ihm erwachsenen Schadens an sich zu tragen habe, die weitern $^2/_3$ aber vom Beklagten zu ersetzen sind. (Obergericht, 25. Juli, Nr. I.)

7. Haftbarkeit des Käufers einer Liegenschaft für die ausstehende Kaufrestanz, wofür ein Zahlungsbrief errichtet wurde. Der § 41 des Konkursgesetzes ist durch den § 26 des Hypothekargesetzes nicht aufgehoben. Zur Interpretation des § 41 litt. c. und d. des Konkursgesetzes.

Gemeindeammann St. fordert von Jos. W. den Betrag von 417 Fr. nebst Zins seit dem 7. Mai 1880.

Digitized by Google

Zur Begründung dieses Begehrens berief sich der Kläger auf folgende Momente:

a) Der Beklagte habe von Wirth S. unterm 7. Mai 1878 ein Stück der sog. Rüttismatten in B. für die Summe von 3700 Fr. gekauft. Hiebei habe sich eine Kaufsrestanz von 1668 Fr. 50 Ct., zahlbar auf die Fertigung mit 417 Fr. 50 Ct. und in drei fernern jährlichen Raten von je 417 Fr. ergeben.

b) Für diese Kaufsrestanz sei ein Zahlungsbrief errichtet worden. Nach Abzahlung der drei ersten Raten sei die letzte Zahlung nach mehrfacher Handänderung an den Kläger übergegangen.

c) Im Juli 1881 habe Beklagter zufolge Konkursausbruchs über Wirth S. das fragliche Grundstück bei der Konkurssteigerung einwerfen müssen, wobei die noch ausstehende Zahlung zum Verluste gegangen. Als Errichter des Zahlungsbriefes hafte nur der Beklagte gemäß § 26 des Hyp.-Ges. für die zu Verlust gegangene Ansprache persönlich.

Der Beklagte schließt auf Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens und machte zu diesem Behufe geltend:

a) Nicht der Beklagte als Käufer, sondern der Verkäufer Wirth S. müsse als Errichter des Zahlungsbriefes angesehen werden, der Erstere habe daher auch nicht als solcher zu haften.

b) Ueberdies statuire der § 26 des Hyp.-Gesetzes eine subsidiäre persönliche Haftbarkeit im Sinne des § 742 des b. G.-B., d. h. für den Fall der Abtretung, wo der Cedent dem Cessionar zu haften habe. Der Beklagte sei aber nicht Abtreter, sondern Wirth S., und möge sich der Kläger an diesen seinen Vormann halten.

c) Auf den Fall der Einwerfung nach § 41 c des Konkursgesetzes komme übrigens der § 26 des Hyp.-Gesetzes gar nicht zur Anwendung. Jene Gesetzesstelle sage ausdrücklich, der Einwerfende könne für mehr nicht als für sein allfälliges Betreffniß an den ausstehenden Ueberzinsen verfolgt werden.

d) Endlich sei der Kaufsgegenstand entwährt worden. Der Verkäufer Wirth S. könne auf jeden Fall den noch ausstehenden Kaufpreis nicht mehr fordern. Diese Einreden müssen sich aber auch seine Cessionare gefallen lassen.

Obergerichtlich wurde erkennt, der Beklagte sei nicht gehalten, den eingeklagten Betrag zu bezahlen.

Motive.

Bei Beurtheilung der vorliegenden Streitsache ist vorab allerdings davon auszugehen, daß als Errichter des Zahlungsbriefes nicht, wie der Beklagte geltend machen will, der Verkäufer, sondern der Käufer anzusehen ist. Es wird hier zur Begründung

Digitized by Google

dieser Ansicht lediglich auf das Präjudikat vom 6. November 1871, Nr. 2, verwiesen. Der Käufer hat daher für die ihm verschriebene Summe gemäß § 26 des Hyp.-Gesetzes persönliche Nachwährschaft zu leisten und zwar nach Maßgabe des § 742 des b. G.-B. Es frägt sich hier lediglich, ob durch den Umstand, daß der Beklagte genöthigt wurde, das fragliche Grundstück im Konkurse des Wirth S. einzuwerfen, an diesem Rechtsverhältnisse auf Grundlage der einschlägigen Bestimmungen des § 41 des Konkurs-Gesetzes etwas geändert worden sei? Hiebei ist davon auszugehen, daß fragliche Bestimmungen des § 41 des K.-G., weil spezialer Natur, durch die allerdings neue, jedoch generelle Bestimmung des § 26 des Hyp.-Gesetzes nicht aufgehoben sind, denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen derogirt ein jüngeres generelles Gesetz ein früheres spezialles nicht. Nun trifft aber der vom Beklagten angerufene § 41 l. c. des K.-G. auf den gegebenen Fall nicht zu, beziehungsweise, es geht der vorliegende Thatbestand über die Voraussetzungen der citirten Bestimmung hinaus, denn hier wurde die Einwerfung offenbar nicht auf Grund des klägerischen Zahlungsbriefes verlangt, schon deßhalb nicht, weil dieser Zahlungsbrief auf der in Konkurs gefallenen Liegenschaft überhaupt nicht haftete. Es kommt daher l. d. des § 41 des K.-G. zur Anwendung, welcher den Fall beschlägt, wo auf dem zum Einwerfen erklärten Unterpfande noch neuere Gültverschreibungen oder andere liegende Instrumente haften, welche andern Ansprechern gehören. Hier darf, wenn die Creditoren des Konkursiten nicht erklären, daß sie ein solches Instrument durch Abzahlung der betreffenden neuern Titel nicht einlösen lassen wollen, ohne die Einweisung des Grundstückes zu begehren, in der Sache nicht vorgeschritten werden, sondern müssen die Besitzer sowohl solcher neuer Instrumente als der hiefür verhafteten Unterpfänder ebenfalls einberufen und jene vorerst darüber einvernommen werden, ob sie diese Unterpfänder aus dem Verfatze freigeben oder transfixiren lassen wollen. Fällt der Bescheid verneinend aus und kommt zwischen den Gülteninhabern und Denjenigen, welche die einzuwerfenden Unterpfänder besitzen, keine gütliche Uebereinkunft zu Stande, so muß sogleich auch den Eigenthümern sämmtlicher mitverschriebener Unterpfänder die Aufrechnung gemacht und über sie der Konkurs abgehalten werden. Ob nun im gegebenen Falle dieses Verfahren von Seite der Konkursbehörde beobachtet und daher auch der Besitzer des fraglichen Zahlungsbriefes einberufen und zu einer Erklärung veranlaßt wurde, darüber haben die Parteien nicht verhandelt. Da es sich aber um ein gesetzlich vorgeschriebenes Verfahren handelt, so ist anzunehmen, es sei dieses geschehen, und da es in der Folge bei der

Digitized by Google

bloßen Einwerfung des Unterpfandes sein Bewenden hatte, ist im Fernern anzunehmen, es habe der Ansprecher ein Mehreres nicht verlangt, sondern einfach ohne weiteren Vorbehalt das Unterpfand preisgegeben. In solchen Fällen kann dann aber der Schuldner des Instrumentes offenbar nicht weiter verfolgt werden, und ist daher Kläger aus diesem Grunde abzuweisen. (Oberg. 25. Juli, Nr. 4.)

8. Testamentum correspectivum. Zulässigkeit desselben nach luz. Recht. Bei der Testamentserrichtung einer Frauensperson ist die Zuziehung eines Beistandes nicht erforderlich.

Die Eheleute B. setzten sich in einer letztwilligen Verordnung gegenseitig zu Erben ein. Nach dem Tode des Ehemannes wurde von den Intestaterben desselben diese letztwillige Verordnung unter Anderm aus dem Grunde bestritten, daß nach luz. Rechte gegenseitige Testamente nicht zulässig seien, und überdem die Ehefrau bei der Testamentserrichtung mit einem außerordentlichen Beistande nicht versehen gewesen ist. Obergerichtlich wurde aber diese Bestreitung nicht beschützt.

Motive:

Das vorliegende Testament stellt sich allerdings als ein wechselseitiges und zwar als ein sog. correspektives, (testamentum correspectivum) dar, indem zwei Testamente von zwei Personen zugleich in einer und derselben Urkunde errichtet worden sind, so daß es hiebei als Intention der Parteien angesehen werden muß, daß die Erbeinsetzung beiderseits bloß um der von dem anderen Theile geschehenen Erbeinsetzung wegen und unter der Voraussetzung geschehe, daß dieser andere Theil sein Testament nicht ändern werde. Diese Art von Testamenten ist nun von unserem b. G.-B. nicht ausdrücklich anerkannt. Allein immerhin ist dieselbe auch nicht untersagt, und nachdem das b. G.-B. ein daheriges Verbot nicht enthält, ist ein zureichender Grund für den Richter nicht vorhanden, diesen im gemeinen Rechte, wie dasselbe sich aus den römischen Rechtsquellen entwickelt, ausdrücklich anerkannten und in unserm Rechtsleben öfters vorkommenden wechselseitigen Testamenten die Anerkennung zu verweigern, unter der Voraussetzung indessen, daß die für die Testamentserrichtung überhaupt vorgeschriebenen Formen beobachtet worden seien. Wenn in dieser Richtung nun von den Intestaterben des Erblassers F. eingewendet wird, es hätte die Ehefrau des Testators bei der Testamentserrichtung mit einem

Digitized by Google

außerordentlichen Beistande versehen sein müssen, so ist dieses unrichtig. Die Bestimmung des § 424 des b. G.-B., welche die Zuziehung eines außerordentlichen Beistandes bei Errichtung einer letztwilligen Verordnung von Seite der Frauenspersonen vorschreibt, ist durch das neue Vormundschaftsgesetz vom Jahre 1871 ausdrücklich aufgehoben, und zwar wie die obergerichtliche Praxis mehrfach ausgesprochen hat, (s. unter Anderm Präjudikat vom 5. Nov. 1878, Nr. III.,) nicht nur mit Bezug auf ledige Weibspersonen, sondern auch in Hinsicht auf Ehefrauen. (Obergericht, 12. September 1882, Nr. II.)

9. Erbschaftskauf; derselbe enthält weder eine Universalsuccession, noch eine Cession im juristisch-technischen Sinne. Traditio brevi manu beim Stellvertretungsbesitz.

Die Ortsbürgergemeinde W. erwirkte unterm 22. Nov. 1881 auf das Erbsbetreffniß der Anna P., welches derselben aus dem Nachlasse des Jos. P. zugekommen und durch den Tod der Nutznießerin Wittwe G. frei geworden ist, einen Arrest. Dieser wurde von Geschäftsagent A. hauptsächlich aus dem Grunde bestritten, weil er zufolge Uebertragung Seitens der Schuldnerin Anna P. Eigenthümer des ihr zugefallenen, mit Arrest belegten Erbguthabens geworden sei, und zwar ehe und bevor der Arrest rechtskräftig geworden, d. h. die Zustellung desselben an die Arrestatin, beziehungsweise deren Stellvertreter erfolgt ist.

Obergerichtlich wurde der Arrest als wohl gelegt befunden.

Motive:

Der Entscheid der vorliegenden Streitsache ist davon abhängig, ob das verarrestirte Guthaben rechtsgültig auf den Beklagten übergegangen sei?

Bei Beantwortung dieser Frage ist von folgenden Erwägungen auszugehen:

Die in Rede stehende Guthabensabtretung stellt sich als Erbschaftskauf dar, indem der Gegenstand derselben ein der Abtreterin Anna P. zugefallenes Erbsbetreffniß ist. Wie nun durch die obergerichtliche Rechtssprechung wiederholt entschieden wurde, dürfen derartige Rechtsgeschäfte weder nach den Grundsätzen über Gesammtnachfolge, noch auch nach denjenigen über die Cession im eigentlichen Sinne beurtheilt werden. Dieselben haben vielmehr einen dinglichen Charakter, und ist daher zur Bewirkung des rechtlichen Ueberganges auf den Erwerber nicht bloß das Vorhanden-

Digitized by Google

sein eines justus titulus, sondern im Fernern noch erforderlich, daß eine Uebergabe stattgefunden habe. (Vergl. das von der ersten Instanz citirte Präjudikat vom 15. Juni 1867, amtliche Sammlung, Bd. 1, S. 220, und ferners Entscheid vom 3. Februar 1881, amtliche Sammlung S. 9 u. ff.)

Nun liegt allerdings ein rechtsgültiger Titel vor, bezw. erweisen sich die daherigen Einwendungen der Klägerin als unstichhaltend. Denn einmal sind Angesichts der Depositionen der Zeugen W. und Z. durchaus keine Anhaltspunkte vorhanden, den Titel als antedatirt zu betrachten, und ist daher das Datum in Abgang eines gegentheiligen Nachweises von Seite der Klägerin als richtig anzunehmen. Ebenso hat in Rücksicht auf den Umstand, daß auf dem einen der vorliegenden Akte die Unterschrift der Anna P. amtlich beglaubigt ist, die, im Uebrigen nicht ausdrücklich festgehaltene Bestreitung der Aechtheit der Urkunde keine Bedeutung, und für die Behauptung, es habe sich Anna P. in kritischer Zeit in handlungsunfähigem Zustande befunden, mangelt jeglicher Nachweis. Endlich spricht der Umstand, daß Beklagter sich mit der Abtretung zugleich eine Vertretungs- und Bezugsvollmacht von Seite der Anna P. ausstellen ließ, keineswegs dafür, es sei die Abtretung nicht ernstlich gemeint gewesen, indem nach der Natur des Erbschaftskaufes die Anna P. trotz der Abtretung an Beklagten rechtlich gleichwohl Erbin blieb, und ein Interesse für sie somit immer noch vorlag, bei der Erbsverhandlung sich durch wen immer vertreten zu lassen.

Dagegen fehlt vorliegend das zur Bewirkung des Eigenthumsüberganges weiter erforderliche Requisit der Uebergabe.

Nach der Natur der Sache könnte eine solche allerdings nur in der Form der Tradition durch Erklärung gefordert werden. Es ist nun freilich richtig, daß der Beklagte von der an ihn erfolgten Abtretung zuständigen Ortes, d. h. beim Theilungsoffizium Anzeige gemacht hat. Allein wie hierseits wiederholt entschieden worden ist, genügt eine solche Erklärung von Seite des Erwerbers der Sache nicht, sondern diese Erklärung muß von dem Abtreter derselben ausgehen; denn es ist natürlich, daß eine Uebergabe nicht von demjenigen Theile, welcher die Sache erst erwerben soll, sondern von demjenigen Theile ausgehen muß, welcher sich derselben begeben will. (Vgl. u. A. das bereits oben angerufene Präjudicat vom 3. Februar 1881.) Von der Abtreterin P. ist nun aber im gegebenen Falle eine daherige Erklärung nicht abgegeben werden. Der von ihr an den Beklagten unterm 2. Dezember 1881 ausgestellten Vollmacht kann die Bedeutung einer solchen offenbar nicht zugelegt werden. Denn in diesem Akte be-

Digitized by Google

vollmächtigt die Anna P. den Beklagten, sie in betreffender Nachlaßsache zu vertreten, ihre Interessen zu wahren, und die daherige Erbsquote (— also zu Handen der P. —) zu beziehen, es ist daher durch das, was in diesem Akte gesagt ist, dasjenige per contrarium geradezu ausgeschlossen, was nach Maßgabe des Gesagten zur Uebergabe mittelst Erklärung erforderlich gewesen wäre, die Erklärung der P. nämlich, daß nicht mehr sie, sondern der Beklagte vom Theilungsoffizium als Eigenthümer der Erbsquote behandelt werden solle.

Da sonach mit Rücksicht auf das Bisherige der Beklagte überhaupt nie Eigenthümer des Arrestguthabens geworden ist, so ist nicht weiter zu untersuchen, ob im Momente der Abtretung der klägerische Arrest bereits wirksam gelegt war oder aber nicht. (Obergericht, 13. September, Nr. I.)

10. Provokation nur ein subsidiäres Rechtsmittel und unstatthaft in den Fällen, wo der Provokant selbst klagen kann, ohne in eine schlimmere Stellung versetzt zu werden. Actio negatoria, Beweislast.

Johann Z. erwirkte durch den Gerichtspräsidenten von Sch. gegen Jos. und Stephan L. eine Provokation, dahin lautend: die Provokaten Jos. und Stephan L. seien gehalten, das von ihnen behauptete Winterwegerecht durch die Liegenschaft X. des Johann Z. innert zwei Monaten gegen den Letztern einzuklagen. Diese Provokation wurde von den Provokaten bestritten, in Folge dessen wurde von dem Provokanten eine Provokationsklage gestellt. Diese wurde obergerichtlich abgewiesen.

Motive:

Die erste Voraussetzung einer Provokation zur Klagestellung, die Berühmung eines Anspruches gegenüber den Provokaten, ist im vorliegenden Falle unbestrittenermaßen gegeben. Dagegen bestreitet die Beklagtschaft die gegnerische Provokation aus dem Grunde, weil es dem Kläger selbst möglich sei, als Besitzer der Liegenschaft X. gegen die Prätendenten der fraglichen Servitut die sog. Negatorienklage anzustellen. Diese Einrede ist nach hiesiger Anschauung begründet. Allerdings kennt der § 321 des C.-R.-V. eine derartige Ausnahmebestimmung nicht. Aus durchaus zutreffenden innern Gründen aber hat die gerichtliche Praxis im Anschlusse an die allerdings nicht unbestrittene Doktrin des gemeinen Civilprozeßrechtes stetsfort daran festgehalten, daß die

Digitized by Google

Provokation keine Anwendung auf Fälle finde, in welchen der Provokant in der Lage sich befindet, selbst klagend aufzutreten, ohne in eine schlimmere Stellung versetzt zu werden. (Weber's Commentar zu § 331 des luz. R.-B., Nr. 2.) Dieß trifft im gegebenen Falle zu. Der Kläger ist in der Lage, gegen den Beklagten auf Freiheit seines Eigenthums zu klagen. In eine schlimmere Stellung wird er hiedurch nicht versetzt; es wäre dieses offenbar nur dann der Fall, wenn mit der Veränderung der Parteirollen auch die Beweislast eine andere würde, d. h. der Kläger in die Lage käme, die Freiheit seines Eigenthums zu beweisen, allein auch bei der Negatorienklage muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowohl (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 32. Auflage, Band 1, § 198, Nr. 563.), als nach bisheriger Praxis, nicht die Freiheit des Eigenthums vom Kläger, sondern die behauptete Servitut vom Beklagten bewiesen werden, und ist daher die rechtliche Stellung des Provokationsklägers im einen und andern Falle dieselbe. (Obergericht, 16. Sept.er 1882, Nr. 10.)

11. Körperliche oder symbolische Uebergabe. Symbolische Uebergabe vermittelst Urkunden.

Am Konkurse des Holzhändler B. reklamirte die Ehefrau desselben verschiedene Fahrhaben. Zur Begründung dieser Reklamation beruft sich Klägerin auf einen Abtretungsakt vom 24. November 1879, in welchem unter der Aufschrift: „Uebergabe" folgender Nachtrag enthalten war: Der unterzeichnete Holzhändler B. erklärt hiemit, daß er heute die vorbezeichneten Gegenstände seiner Ehefrau unter Mitwirkung eines außerordentlichen Beistandes als unbeschwertes verfügbares Eigenthum abgetreten und sich aller Besitzesrechte entäußert habe. Die Uebergabe der benannten Gegenstände ist gleichzeitig im Beisein zweier Zeugen von Hand zu Hand erfolgt und vollzogen worden.

Datum. Sig. Holzhändler B.
Unterschriften der Zeugen.

Die Empfangnahme vorbezeichneter Fahrhaben Namens Frau „B." bescheint:

Datum. Der außerordentliche Beistand
X.

Mit Bemerkung am dortigen Verhandlungsprotokoll Vormerkung gethan.

Datum. Namens des Gemeinderathes
von Gunzwil:
Die Unterschriften.

Digitized by Google

Diese Reklamation wurde von einem Gläubiger, Johann A., bestritten und zwar wesentlich gestützt darauf, daß keine Uebergabe stattgefunden.

Obergerichtlich wurde die Klägerin mit ihrer Reklamation beschützt.

Motive: Beim Entscheide der vorliegenden Streitsache muß zunächst davon ausgegangen werden, daß auch in Fällen, wo die abgetretenen Fahrhaben ihrer Natur nach eine physische Uebergabe von Hand zu Hand allerdings zulassen, gleichwohl eine solche durch die obergerichtliche Praxis nicht als unumgänglich nothwendig erklärt worden ist, sofern nämlich nach Lage der Verhältnisse die Uebergabe von Hand zu Hand als nicht wohl thunlich erscheinen mußte. Dieses trifft vorliegend offenbar zu. Denn die im Streite liegenden Fahrhaben wurden gleichzeitig mit einer Menge von andern Gegenständen abgetreten, welch' letztere sich zudem in gemeinsamem Gewahrsame der beiden Contrahenten, Eheleute B., befunden haben, und bezüglich welcher somit eine wirkliche physische Uebergabe geradezu ausgeschlossen war.

Im gegebenen Falle kann nun freilich auch bezüglich der streitigen Sache eine physische Uebergabe nicht als bewerkstelligt erachtet werden. Die im vorliegenden Akte vom 24 November 1881 dokumentirten Rechtsvorkehrungen begründen eine solche nicht, und zum Ueberflusse geht aus den Depositionen des Niklaus B. in der Strafuntersuchung Antw. 60, II. Fasz., deutlich hervor, daß es sich unterm 24. November 1879 in der That nicht um eine Uebergabe von Hand zu Hand handelte, indem man einfach den einzelnen Gegenständen nachgegangen sei, sie notirt und dann erklärt habe, man nehme das für die heutige Klägerin als Deckung ihrer Ansprache hin.

Dagegen erscheinen diese Rechtsvorkehrungen geeignet und genügend, um eine symbolische Uebergabe durch Urkunden darzustellen. Der Beklagte beruft sich zwar hier auf ein obergerichtliches Urtheil vom 15. Juli 1879, worin ausgesprochen wurde, daß eine symbolische Uebergabe sich jedenfalls nicht mittelst solcher Urkunden vollziehen könne, welche zum Beweise des Abtretungsgeschäfts selbst dienen sollen. Das ist nun zwar richtig. Allein im gegebenen Falle ist die Erklärung, die Sachen übergeben bezw. übernommen zu haben, wenn auch auf einem und demselben Akte, wie das Abtretungsgeschäft selbst, immerhin von diesem getrennt abgegeben und von den Contrahenten, bezw. deren Vertreter, unterzeichnet worden. Es kommt hinzu, daß von der erfolgten Abtretung und Uebergabe laut dem Akte nachgetragener Bescheinigung des Gemeinderathes von Gunzwil am dortigen Verhandlungsprotokolle

Digitized by Google

Vormerkung gemacht worden ist. Diese Momente müssen als hinreichend erachtet werden, den rechtlichen Uebergang der abgetretenen Sachen auf die Erwerberin zu konstatiren, und erweist sich daher auch dieser zweite beklagtische Anfechtungsgrund als unstichhaltend. Obergericht, 17. Okt., Nr. II.

12. Eigenthumsklage; zur Frage der Passivlegitimation bei derselben; nominatio auctoris.

Kläger Kaspar F. verlangt von Bernhard F. unbeschwerte Herausgabe einer am 16. Oktober 1871 von Joseph L. errichteten Gült von Fr. 2000, welche er eigenthümlich erworben habe. In der Klage wird noch behauptet, Kläger sei ohne sein Wissen um den Besitz der betreffenden Gült gekommen, habe aber in der Folge dieselbe beim gegenwärtigen Beklagten, welcher die Herausgabe widerrechtlich verweigere, aufgefunden. In der Rechtsantwort macht der Beklagte geltend, er sei gegenüber dieser Eigenthumsklage passiv nicht legitimirt, indem er besprochene Gült gar nicht mehr besitze, sondern dem Gemeinderathe von Sch. übergeben habe; zudem habe er die Gült nie in eigenem Namen besessen, sondern als Vormund der Ehefrau des Klägers, welche Eigenthümerin derselben sei und diese ihm in gedachter Eigenschaft s. Z. übergeben habe.

Obergerichtlich wurde Kläger mit seinem Rechtsbegehren abgewiesen.

Motive:

Mit Bezug auf die erstere Einwendung, welche die fehlende Legitimation zur Sache in passiver Hinsicht betrifft, muß der Beklagte zugestehen, daß er fragliche Gült bei Anhebung der Klage noch besessen habe. Wenn aber das der Fall ist, so kann eine spätere Veräußerung derselben an der Passivlegitimation des Beklagten in Rücksicht auf § 95 a des C.-R.-B. und § 262 des b. G.-B. nichts mehr ändern, da in solchen Fällen die Klage gegen den ursprünglichen Besitzer auf Herbeischaffung der unbefugt veräußerten Sache oder Leistung des außerordentlichen Preises derselben durchgeführt werden kann. Für die Frage der Passivlegitimation des Beklagten ist es im Fernern gleichgültig, ob derselbe die vindizirte Gült in eigenem Namen oder im Namen eines Dritten besessen habe, indem es im Vindikationsstreite nicht erforderlich ist, daß der Beklagte juristischer Besitzer sei. (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3te Auflage, Bd. I, § 196, Note 5, und die dort citirten Quellenstellen.)

Digitized by Google

Dagegen kann sich nun der Beklagte als Besitzer in fremdem Namen — gestützt auf § 261 des b. G.-B. — gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, daß er Denjenigen, in dessen Namen er besitzt, nennt und sich darüber ausweist (« laudatio auctoris »). Der Beklagte erklärt nun, die vindizirte Gült sei ihm von der Ehefrau des Klägers unter der Vorgabe, sie sei Eigenthümerin derselben, übergeben worden; als Vormund der Frau F. habe er die Gült übernommen und in ihrem Namen den Besitz daran ausgeübt. Zum daherigen „Ausweise" beruft der Beklagte sich auf zwei schriftliche Erklärungen der Frau F., wonach sie die streitige Gült als ihr Eigenthum beansprucht und dieselbe s. Z. dem Beklagten zur Aufbewahrung übergeben haben will, sowie auf drei Zinsquittungen, worin die Gleiche verschiedene Zinsen jener Gült vom Beklagten erhalten zu haben erklärt. Einen förmlichen Beweis dafür, daß die Gült dem Beklagten in behaupteter Weise übergeben worden sei, bilden nun allerdings diese schriftlichen Zeugnisse nicht, um so weniger, als auch der Kläger auf eine solche schriftliche Erklärung seiner Frau sich beruft, welche jenen beklagtischen Belegen wenigstens insoweit widerspricht, als die Ausstellerin hienach die in Rede stehende Gült weder jemals gekauft noch jemals besessen haben will. Allein ein förmlicher Beweis kann zur Abweisung der Eigenthumsklage aus Grund des § 261 des b. G.-B. nach der Natur der Sache überhaupt nicht gefordert werden, da der hier vorgeschriebene „Ausweis" lediglich den Zweck hat, darzuthun, daß der Beklagte jene Einrede nicht bloß zur Verzögerung der Ansprüche des Klägers erhebe. (Stubenrauch, Commentar zu § 375 des österreich. allgemeinen b. G.-B.). Daß es sich an diesem Orte zumal nicht um einen Nachweis der Eigenthumsberechtigung der Frau F. auf die streitige Gült handeln kann, ist selbstverständlich. Soweit aber nach Maßgabe des Gesagten ein Ausweis erforderlich ist, muß der vom Beklagten geleistete als genügend angesehen werden.

Wenn der Kläger in zweiter Instanz noch erheblich macht, es hätte die hier erörterte Einrede im nichteinläßlichen Verfahren geltend gemacht werden sollen, so ist richtig, daß der Beklagte dies hätte thun können, allein es ist nicht einzusehen, wie der Umstand, daß Letzterer diese Einrede im einläßlichen Verfahren zur Verhandlung und Entscheidung gebracht hat, eine Präklusion derselben zur Folge haben sollte. (Obergericht, 15. Nov., Nr. V.)

Digitized by Google

Entscheidungen des aarg. Obergerichts aus den Monaten Jan., Febr., März und April 1883.

Von Oberrichter Fr. Schneider.

1. Anwendung des Grundsatzes, daß Derjenige, welcher durch höhere Gewalt Schaden erlitten, diesen Schaden an sich zu tragen habe.

Mantel gegen Gemeinde Bremgarten und Wietlisbach.

Urtheil vom 18. Januar 1883.

Unmittelbar unterhalb der Reußbrücke zu Bremgarten befinden sich vier Wasserwerke, zwei auf dem rechten Ufer, die sog. Innermühle und die Papiermühle und zwei auf dem linken Ufer, die Bruggmühle (nun Baumwollenspinnerei des Herrn Mantel) und die Sägemühle; das Wasser wird den Werken durch im Flußbett angebrachte Kanäle zugeführt, rechts durch den Innermühlekanal, links durch den Bruggmühlekanal; beide Kanäle bedienen sich der gleichen Stauvorrichtung, der an ihrem obern Ende angebrachten Fällbaumschwelle, durch welche bei niederm Wasserstand das Wasser geschwellt und den beiden Kanälen zugeleitet werden kann. Früher war die Gemeinde Bremgarten Eigenthümerin aller vier Werke; am 17. Februar 1742 verkaufte sie die auf dem rechten Ufer gelegene Papiermühle, indem bezüglich der Unterhaltung der Kanalbauten bestimmt wurde:

„Item gibt die Stadt laut Erkenntniß vom 16. Juli 1735 das Holz zur Wuhr- und Landfeste, der Käufer aber soll den dritten Theil der Kosten daran zahlen." — Am 22. Mai 1811 veräußerte die Gemeinde auch die unterhalb der Papiermühle gelegene sog. Innermühle und übernahm dabei die Pflicht, die Wuhrungen auf ihre Kosten zu unterhalten und zwar vom Fällbaum an bis zur Landfeste mit Inbegriff des Nebenschutzes. In der Folge gelangte sowohl die Papier- als die Innermühle in das Eigenthum des Joachim Wietlisbach, so daß diesem jetzt beide Werke angehören und zwar in der Weise, daß die Gemeinde bezüglich des Innermühlekanals die Wuhrungen zu unterhalten, er aber ein Drittel an die Kosten beizutragen hat.

Im Jahre 1835 verkaufte die Gemeinde die auf dem linken Ufer gelegene Bruggmühle wobei festgesetzt wurde: Die Fällbaumwuhrung, welche beim Mühleleerschutz unter der Brücke anfängt und bis zum Fällbaum sich erstreckt, bleibt Eigenthum der Ge-

Digitized by Google

meinde; die Unterhaltungskosten dagegen müssen zur Hälfte von der Gemeinde und zur Hälfte von den Käufern getragen werden. Allfällig nöthig werdende, von der Gemeinde unternommene Veränderungen der Fällbaumwuhrung dürfen nur ohne Nachtheil des Eigenthümers der Bruggmühle und seiner Wasserrechtsame ausgeführt werden und es verpflichtet sich die Gemeinde, weder Bauten noch andere Veränderungen zum Nachtheil der Bruggmühle und ihrer Wasserrechtsame vorzunehmen.

Im Laufe der Zeit wurde die Bruggmühle in eine Baumwollenspinnerei umgewandelt und gelangte sie mit gleichen Rechtsamen bezüglich des Wassers und des Kanals in Besitz und Eigenthum des Klägers, des Herrn Mantel. Die Sägemühle gehört gegenwärtig noch der Gemeinde Bremgarten.

Am Neujahrsabend 1880 wurde ein Theil der Wuhrung des rechtseitigen Kanals durch den Eisgang weggerissen und floß in Folge dessen die große Masse des Wassers nach dem beschädigten Kanal und dem linksufrigen Bruggmühlekanal blieb so wenig Wasser, daß der Kläger, als Besitzer der Bruggmühle im Betriebe seines Etablissements in erheblichem Maße geschädigt worden. Durch eine Expertise hat er nachzuweisen gesucht, daß eine Reparatur des rechtsufrigen Wuhrbruches von den Unterhaltungspflichtigen — der Gemeinde und Joachim Wietlisbach — nicht nach den Grundsätzen der jetzigen Wasserbautechnik ausgeführt und daß namentlich während der Reparatur selbst keine Vorkehren getroffen worden seien, um dem klägerischen Werke bis zur Wiederherstellung des rechtsufrigen Kanals genügendes Wasser zuzuleiten.

Der Kläger behauptet, daß er dadurch im Betriebe des Etablissements gestört worden und einen Schaden im Betrage Fr 1600 erlitten habe und verlangt, daß die Gemeinde und Joachim Wietlisbach zur Deckung dieses Schadens verurtheilt werden.

Was nun dieses Verlangen anbetrifft, so geht aus den lokalen Verhältnissen hervor, daß die rechts- und linksufrigen Kanalanlagen und die Fällbaumschwelle von einander abhängig sind und miteinander in einer gewissen Wechselwirkung stehen, sodann ist es unbestritten, daß die Gemeinde die Pflicht übernommen, gegen einen bestimmten Beitrag des Käufers die rechtseitigen Kanalbauten zu unterhalten und es ist zu prüfen, welchen Einfluß diese Verhältnisse auf die zu entscheidende Frage ausüben.

Die Parteien gehen in dieser Beziehung weit auseinander; während nämlich der Kläger annimmt, daß die der Gemeinde obliegende Pflicht, den rechtsufrigen Kanal und dessen Wuhr zu

Digitized by Google

unterhalten, auch die Verbindlichkeit begründe, jene im Falle einer Beschädigung nach den Grundsätzen der neuesten Wasserbautechnik neu zu erstellen und namentlich dafür zu sorgen, daß während der Reparatur provisorische Einrichtungen getroffen werden, um den linksufrigen Werken während den Wiederherstellungsarbeiten das zum Betriebe nothwendige Wasser zuzuleiten, meint die Beklagte, daß sie ihrer Unterhaltungspflicht genüge, wenn sie den frühern Zustand wieder herstelle und namentlich beanstandet sie die Pflicht, provisorische Maßregeln anzuwenden, um während der Reparaturarbeiten das linksufrige klägerische Etablissement vor Wassermangel zu schützen. Unzweifelhaft begreift die Pflicht zur Unterhaltung des rechtseitigen oder Innermühlekanals auch die Pflicht in sich, das Wuhr, wenn es ganz oder theilweise zerstört wird, wieder herzustellen und muß auch dem Bruggmühlebesitzer, dem Kläger, das Recht zugestanden werden, auf Reparatur des beschädigten Innermühlekanals zu dringen und Entschädigung zu verlangen, wenn die Beklagte ihrer daherigen Pflicht nicht nachkommen sollte. Aber es frägt sich, ob die Gemeinde auch die Pflicht habe, Vorkehren zu treffen, daß während der Dauer der Reparaturarbeiten das linksufrige Werk in seinem Betriebe gar nicht gestört wird. Diese Frage muß verneint werden. Der am 1. Januar 1880 geschehene Wuhrbruch war die Folge höherer Gewalt und es lag nicht in der Macht menschlicher Kraft, sie abzuwenden. Die Expertise bemüht sich zwar zu zeigen, daß der Wuhrdamm nicht richtig construirt sei und deßhalb dem Eisgang nicht die nöthige Widerstandskraft entgegengesetzt habe. Die Gemeinde ist jedoch in dieser Beziehung nicht verantwortlich; sie hat die Mühlen mit den bestehenden Kanälen und Wuhreinrichtungen verkauft und die Unterhaltung derselben übernommen und war daher nicht gehalten, neue Werke an deren Platz zu erstellen. Der Wuhrbruch ist also nicht auf ein Verschulden der Gemeinde zurückzuführen, sondern höherer Gewalt oder einem Zufall zuzuschreiben. Die Folgen haben die davon Betroffenen zu tragen und zwar auch diejenigen, welche indirekt dadurch Schaden leiden; es muß daher der Kläger, wenn er durch den Wuhrbruch geschädigt wurde, als Eigenthümer des betreffenden Etablissements den Schaden an sich tragen und könnte er die Gemeinde nur dann belangen, wenn ihr eine Vernachlässigung der Wiederherstellungsarbeit zur Last fiele; den temporären Wasserentzug hat die Beklagte nicht verschuldet. Die Expertise meint, daß man durch Anbringung von Fangdämmen hätte bewirken können, daß dem Etablissement des Klägers auch während der Reparaturzeit

Digitized by Google

genügend Wasser zugeflossen. Allein zur Anbringung solcher Dämme war die Gemeinde nicht verpflichtet; ihre Verpflichtung geht nicht weiter, als den seit Menschengedenken bestehenden Damm in gutem Stande zu erhalten und im Falle eines Bruches den bisherigen Zustand wieder herzustellen. Dieser Aufgabe ist der Beklagte nachgekommen; sie hat diese Aufgabe erfüllt, ohne Fangdämme zu erstellen; aber es liegt in der Unterlassung solche anzubringen, gezeigtermaßen kein Fehler. Allerdings durfte die Reparatur nicht ungebührlich verzögert werden; eine Verzögerung hat aber nicht stattgefunden, sie wurde auch gar nicht behauptet und durfte nicht behauptet werden, denn schon am 15. Februar 1880 war der Damm wieder hergestellt. Nicht gerechtfertigt ist es, wenn man darin ein Verschulden vom Beklagten erblicken will, daß sie während der Reparatur des Wehrkörpers die Fällbaumschwelle und damit die Floßgasse geöffnet habe. Es ist zu bemerken, daß die Rekonstruktion der Wuhrlücke es nothwendig machte, den Wasserstand im Innermühlekanal durch vollständiges Oeffnen der Floßgasse möglichst niedrig zu halten; die Fällbaumschwelle war nicht länger offen gehalten, als es nöthig gewesen und hat daher die Gemeinde in dieser Beziehung nur gethan, was als sachgemäß und geboten erschien. —

Das Klagbegehren wurde sonach als unbegründet abgewiesen.

2. Vindikation im Geltstage. — Der Vertrag, wodurch der Kridar vor Ausbruch des Geltstages die Lieferung von Waaren sich hat zusichern lassen, ist ungültig, wenn derselbe auf Vertrauensmißbrauch beruht.

Urtheil vom 18. Januar.

Im Geltstag des Jakob Schneider, Zimmermann, von Thalheim, haben die Holzhändler N. N. und Genossen ein Vindikationsbegehren eingereicht, des Inhalts: Im April 1880 haben sie dem J. Schneider verschiedene Laden und Dachlatten geliefert zum Preise von Fr. 2831. 10. An diese Lieferung seien bis 21. Okt. 1880 bezahlt worden Fr. 1355. 24 und er ist restanzlich schuldig verblieben Fr. 1475. 86. Im November 1881 habe Schneider den Impetranten an Zahlungsstatt eine Partie Rundholz käuflich in einem solchen Betrage abgetreten, daß sie ihm auf 15. März 1882 Fr. 282. 02 schuldig geworden. Im April und Mai 1882 haben die Vindikanten dem J. Schneider wieder verschiedene Laden und Dachlatten für Fr. 1690. 74 geliefert. Kaum habe die Lieferung stattgefunden, als J. Schneider in den Kon-

Digitized by Google

kurs gerathen, indem der letztere am 3. Juni 1882 publizirt worden; offenbar habe es Schneider auf eine Prellerei abgesehen gehabt; jedenfalls sei soviel klar, daß das Eigenthum am gelieferten Holz nicht auf Schneider habe übergehen können, weßhalb das Begehren gestellt wurde: Es seien die am 22. April und 24. Mai 1882 gelieferten Holzwaaren auf dem Konkursinventar zu streichen und den Vindikanten als Eigenthum zu überlassen.

Die Vindikation muß als begründet angesehen werden.

Die Kläger behaupten, der Kaufsvertrag sei ungültig, weil er auf Vertrauensmißbrauch beruhe und der Käufer dabei eine Prellerei beabsichtigt, indem er zur Zeit des Vertragsabschlusses materiell fallit gewesen und im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit gehandelt habe. Diese Behauptung erzeigt sich als begründet. Das Bezirksgericht hält dafür, es sei nicht anzunehmen, daß J. Schneider in prellerischer Absicht contrahirt habe, indem der Geltstag schon wiederholt über ihn erkannt gewesen, er aber jeweils sich desselben wieder zu erwehren gewußt habe. Dieser Betrachtung ist jedoch entgegenzuhalten, daß es dem J. Schneider unmöglich hat unbekannt sein können, daß er zur Zeit der Lieferung insolvent gewesen. Gemäß Art. II. der Novelle zur Geltstagsordnung muß ein zum Nachtheil der Masse eingegangener Vertrag aufgehoben werden; es erscheint als billig und sachgemäß, daß ein zu Gunsten derselben, aber zum Nachtheil eines Dritten abgeschlossener Vertrag die nämliche Behandlung erfahre. Es geht nicht an, in Fällen dieser Art blos die Masse zu berücksichtigen, demjenigen aber, der zu deren Gunsten benachtheiligt und geprellt werden soll, den richterlichen Schutz zu versagen*).

3. Besteuerung. — Der Erwerb, der in einem Geschäft erzielt wird, ist am Orte des Geschäftsdomizils zu versteuern.

Urtheil vom 2. Februar 1883.

Ein Anwalt, welcher in der Gemeinde B. ein Logis bezogen, miethete in der Gemeinde W. ein Bureau, um daselbst seinen Beruf auszuüben; nachdem derselbe in der Gemeinde B. für Vermögen und Erwerb mit Steuern belegt worden, führte er Klage gegen die letztere Gemeinde, indem er anbrachte: Die Besteuerung in der Gemeinde B. erscheine als unzulässig, weil man unter dem

*) Diese Auschauungsweise ist neu und sehr gefährlich. Nicht einmal das französische droit de suite geht so weit. Vgl. C. Com. 576, 577, Ztschr. XVII, 262. Red.

Digitized by Google

Wohnsitz eines Berufsmannes den Ort zu verstehen habe, wo der bleibende Sitz seines Geschäftes sei, wo er den Beruf ausübe, von dem er lebe; deßhalb sei er in der Gemeinde W. steuerpflichtig, woselbst er bis anhin auch sein Stimmrecht geltend gemacht und es ferner geltend zu machen wünsche. Wenn man auch annehmen wollte, Kläger habe sein Hauptdomizil in der Gemeinde B., so müßte dann doch gesagt werden, da er sein Spezialdomizil für den Erwerb in der Gemeinde W. habe; demgemäß schließe er: die Gemeinde B. sei als nicht berechtigt zu erklären, ihn mit Steuern zu belegen, eventuell als nicht berechtigt zu erklären, ihn für seinen Erwerb zu besteuern.

Die beklagte Gemeinde B. entgegnete: Wenn der Kläger auch in der Gemeinde W. sein Geschäft betreibe, so könne gleichwohl nicht behauptet werden, daß die letztere Gemeinde sein Domizil sei; der Kläger sei da domizilirt, wo die Familie wohne, wo der Haushalt gemacht und der Erwerb verzehrt werde. Ein Fabrikarbeiter steuere beispielsweise auch nicht da, wo er arbeite, sondern da, wo er wohne; ebenso steuern viele nicht in Lenzburg wohnende Angestellte der Strafanstalt nicht in Lenzburg, wo sie den größten Theil der Zeit zubringen und ihren Verdienst haben, sondern in ihren Wohnortsgemeinden. Der vom Kläger zu seinem Rechtsbehelf citirte § 33 des Steuergesetzes sei hier nicht zutreffend, auch nicht analog anwendbar und demgemäß die Klage zu verwerfen.

Bezüglich dieser Anbringen wurde befunden: Es ist wohl keine richtige Auffassung, wenn man als Wohnsitz einer Person, als „Mittelpunkt ihrer Geschäfte und Rechtsverhältnisse" ausschließlich denjenigen Ort bezeichnet, wo sie ißt und schläft. Der Mittelpunkt der Geschäfte und Rechtsverhältnisse liegt vielmehr da, wo jemand seine geistigen und körperlichen Kräfte zum Zwecke des Erwerbes bethätigt, wo er sein Einkommen verdient, wo er diejenige Thätigkeit betreibt, welche ihm im politischen und sozialen Leben seine bestimmte Stellung zu verschaffen geeignet ist.

Wenn § 37 des a. b. G. einem öffentlichen Beamten es anheimstellt, ob er das rechtliche Domizil an demjenigen Orte, wo seine Familie sich befindet, behalten oder es dahin verlegen will, wo er seinem Amte obliegt, so muß es auch einem Anwalte zustehen, sein Domizil an dem Orte zu wählen, den er als Mittelpunkt seiner beruflichen und politischen Stellung betrachtet. Die Auffassung der Klage wird übrigens auch vom Bundesgericht (Entscheidungen pro 1881, pag. 442) als richtig anerkannt, indem es die Wahl eines Geschäftsdomizils in dem vom Kläger gewollten Sinne gestattet, wenn es ein solches bei bloßen Angestellten

Digitized by Google

und Fabrikarbeitern auch ausdrücklich verwirft. Sodann gestattet § 865 des eidg. Obl.-R. Jedem, der unter einer Firma ein Geschäft betreibt, an dem Orte seiner Hauptniederlassung sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, also an diesem Orte sich ein Geschäftsdomizil zu begründen. Sollte der Kläger als Anwalt oder Notar sich durch Wechsel verpflichten, so würde auch der Ort als sein Domizil betrachtet werden, wo er sein Geschäftslokal hat (§ 818 des Obl.-R.). Diese Erwägungen und der Umstand, daß im vorliegenden Falle der Billigkeit dadurch Rechnung getragen wird, daß die Mutter des Klägers, welche mit ihm in gemeinsamer Haushaltung lebt, ihr Vermögen in der Gemeinde B. versteuert, führen dazu, den eventuellen Klagschluß als begründet zu erklären. Es wurde daher erkannt: Die Gemeinde B. sei nicht berechtigt, den Erwerb des Klägers der Besteuerung zu unterwerfen.

4. Weinlieferung. — Schadensersatzanspruch des Käufers, gestützt auf die Behauptung, daß der Verkäufer den Vertrag nicht rechtzeitig erfüllt habe.

Urtheil vom 3. Februar.

A. P. machte gegen K. B. eine Klage anhängig, vermittelst welcher er denselben um Fr. 1411. 80 belangte; zur Begründung seines Anspruchs führte der Kläger an: Am 18. Februar 1880 habe er dem Beklagten auf Bestellung hin 20 Faß rothen Wein, Rosé, enthaltend 11355 Liter zu Fr. 46 den Hektoliter, zugehen lassen, so daß ihm derselbe von daher schuldig geworden Fr. 5223. 30. Daran seien Zahlungen gemacht worden und habe er gegenwärtig noch Fr. 1411. 80 anzusprechen.

Der Beklagte erhob gegen diese Forderung die Einrede der Compensation mit folgender Darstellung: Am 18. Januar 1880 habe ihm der Kläger 150 bis 160 Hektoliter Rosé, 1878ger, und 250 bis 280 Hektoliter Narbonne 1879ger, zu Fr. 49. — franco Fracht, Eingangszoll, auf Bahnhof Baden, zahlbar in 90 Tagen anerboten. Das Muster, welches der Kläger dem Beklagten von Narbonne übersandte, habe diesem gefallen und er habe am 23. Januar 1880 dem Kläger geschrieben, daß er gegen Ende März eine Wagenladung von 8 à 10 Fässern erwarten wolle. Unterm 24. Januar habe der Kläger dem Beklagten geschrieben, daß er ihm eine Wagenladung Narbonne, lieferbar Ende März notirt habe. Am 4. März habe der Beklagte den Kläger ersucht, ihm den Narbonne sofort zu senden, worauf er vom Kläger die Antwort erhielt, daß er den Narbonne bälbestens abgehen

Digitized by Google

lasse. Der Kläger habe nun, statt den Wein längstens Ende März abgehen zu lassen, denselben am 10. Mai versandt, so daß er am 25. Mai 1880 in einem Quantum von 5487 Liter auf dem Bahnhof Baden angelangt sei; der Beklagte habe den Wein, den er durch einen Experten habe prüfen lassen und der sich nicht als musterconform erzeigt, dem Kläger zur Verfügung gestellt; dieser habe das Getränk zurückgenommen; damit sei aber die Sache nicht erledigt; der Kläger habe zu spät geliefert und sei er schuldig, dem Beklagten den ihm diesfalls erwachsenen Schaden zu vergüten.

Anlangend den Schaden, so sei Narbonne, erste Qualität, am 25. Juni 1880 auf Fr. 58 zu stehen gekommen und habe sich daher ein Preisaufschlag von Fr. 9 für den Hektoliter erzeigt; der Preis habe sich noch gesteigert, jetzt (zur Zeit der Antworterstattung, 10. März 1882) koste der Narbonne Fr. 66 und habe daher der Wein seit Ende März 1880 um Fr. 17 aufgeschlagen. Bezüglich der Sendung von 5487 Liter berechnet sich die Differenz zu Fr. 932. 80. Sodann hätte der Beklagte, wäre ihm der Wein zugegangen, einen Gewinn von 10 % gemacht, folglich habe er in dieser Beziehung Fr. 548. 70 und im Ganzen Fr. 1480. 50 in Rechnung zu bringen, weßhalb er die Abweisung der Klage beantrage.

Die Lieferung des in Rede stehenden Narbonneweines ist durch den Brief des Klägers vom 18. Januar 1880, in welchem dem Beklagten solcher Wein angeboten wurde, ferner durch das Schreiben des letztern vom 23. Januar 1880, wodurch er eine Wagenladung von 8 bis 10 Fässern bestellte, vereinbart worden. Wohl steht nun im Briefe des Beklagten, daß er den Wein Ende März erwarten wolle. Allein es ist nicht anzunehmen, daß der Beklagte durch diese Worte einen bestimmten Lieferungstermin habe festsetzen wollen, in diesem Sinne, daß der Kläger bei Nichtinnehaltung dieses Termins als schadenersatzpflichtig zu betrachten sei. Als der Wein am 25. Mai in Baden ankam, machte der Beklagte geltend, daß derselbe nicht musterconform sei; er beschwerte sich nicht darüber, daß die Lieferung zu spät gemacht worden; sodann hat nach Ablauf des Monats März der Beklagte weder die Waaren reklamirt, noch dem Kläger die Erklärung zugehen lassen, daß er den Wein wegen Nichtinnehaltung des Lieferungstermins nicht mehr annehme. Es kann daher von einem Anspruch auf Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung nicht die Rede sein.

Frägt es sich, ob der Beklagte wegen vertragswidriger Qualität der Waaren zur Stellung einer Gegenforderung berechtigt erscheine, so muß diese Frage verneint werden. Vorerst ist zu er-

Digitized by Google

wägen, daß der Schadensersatzanspruch in der Antwort nicht auf die Behauptung gestützt wird, daß der Wein dem Muster nicht entsprochen habe, sodann aber, daß ein rechtsgenüglicher Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung nicht geleistet worden. Das Schadensersatzbegehren des Beklagten ist nach jeder Richtung unbegründet; er hat überhaupt nicht nachgewiesen, daß er einen Schaden erlitten habe; er hat nicht geltend gemacht, daß er genöthigt gewesen sei, Narbonne für einen höhern Preis zu kaufen, um Lieferungen auszuführen, die er bereits vertraglich übernommen oder aber, daß er Schadensersatz habe leisten müssen, weil er versprochene Lieferungen nicht habe bewerkstelligen können. Warum stellt der Beklagte auf die Preisdifferenz ab, die am 10. März 1882 sich ergeben. Die diesfällige Berechnung beruht auf reiner Willkür, irgend ein stichhaltiger Grund hiefür ist wenigstens nicht angegeben worden.

Dem Kläger ist sonach die gestellte Forderung als begründet zugesprochen worden.

5. Streitverkündung des Beklagten. — Uebernahme des Prozesses von Seite des Litisdenuntiaten; rechtliche Stellung des letztern gegenüber dem Kläger.

Urtheil vom 1. Februar.

Johann Steger hat gegen E. Billeter-Kölla folgende Klage eingereicht: Er und Vinzenz Steger haben am 29. Juni 1876 dem Beklagten ein Haus in Bellikon gegen einen jährlichen Zins von Fr. 250 auf drei Jahre in die Miethe gegeben. Am 1. Oktober 1876 habe Billeter die Miethe bezogen und bis 1. Oktober 1878 in fraglichem Hause gewohnt; er habe dann aber die Miethe und zwar ohne Kündigung verlassen und sei er daher den Zins für zwei Jahre und überdies noch den Zins eines halben Jahres, im Ganzen Fr. 625 schuldig geworden; davon gehöre dem Kläger die Hälfte mit Fr. 312. 50; er verlange daß der Beklagte zur Bezahlung dieses Betrages verurtheilt werde.

Der Beklagte, E. Billeter hat hierauf dem Vinzenz Steger den Streit verkündet mit der Behauptung, daß er dem letztern die vollen Fr. 625 zu Handen beider Berechtigter — des Johann und des Vinzenz Steger — übermittelt habe.

Vinzenz Steger hat in Folge der an ihn ergangenen Litisdenuntiation den Streit übernommen und vertheidigungsweise angebracht:

Digitized by Google

Das Klagbegehren sei zu verwerfen; es sei richtig, daß Billeter ihm zu Handen beider Vermiether Fr. 625 bezahlt habe; Billeter habe stets nur mit Vinzenz Steger verkehrt und daher annehmen dürfen, daß er an ihn auch in gültiger Weise Zahlung leisten könne; übrigens habe er mit Einwilligung des Klägers die Zahlung der Fr. 625 entgegengenommen. Dem Beklagten stehe sodann die Compensationseinrede zu; auf dem Hause, welches die Litiganten dem E. Billeter vermiethet, habe zu Gunsten der Gewerbekasse in Baden ein Kapital von Fr. 4000 gehaftet und habe der Beklagte allein den am 4. März 1877 verfallenen Zins von Fr. 200 bezahlt; der Kläger schulde ihm von daher Fr. 100, die er eventuell compensationsweise geltend mache.

Allerdings erscheint das Klagbegehren als verwerflich, wenn es wahr ist, daß der Kläger dazu seine Einwilligung gegeben, daß E. Billeter-Kölla die Fr. 625 an Vinzenz Steger entrichte und muß daher in dieser Beziehung auf Beweis erkannt werden.

Was die Compensationseinrede anbetrifft, so darf durch die Prozeßübernahme die ursprüngliche Parteistellung nicht verändert werden. Der Litisdenuntiat wird dadurch, daß er die Vertretung des Litisdenuntianten übernimmt, dessen Nebenintervenient und so wenig der Gegner des Litisdenuntionten gegen die Streitverkündung und die etwa nachfolgende Vertretung etwas einwenden kann, ebensowenig darf die Prozeßübernahme durch den Litisdenuntiaten seine Rechtsstellung alteriren. Das Urtheil wirkt nur zwischen den ursprünglichen Parteien und es enthält denn auch § 37 der P.-O. die ausdrückliche Bestimmung, daß durch die Nebenintervention den Rechten der Gegenpartei kein Eintrag geschehen soll.

Sobald es aber feststeht, daß derjenige, welcher in Folge Litisdenuntiation den Prozeß übernommen hat, lediglich der Vertreter des Litisdenuntianten ist, so ist es auch sofort klar, daß dem Vertreter die Berechtigung nicht zustehen kann, dem Prozeßgegner eigene Forderungen entgegenzuhalten, und ist daher die Gegenforderung des Vinzenz Steger hier nicht in Berücksichtigung zu ziehen. Ist Vinzenz Steger der Ansicht, daß ihm eine Forderung an Johann Steger zustehe, so mag er dieselbe in selbstständigem Verfahren geltend machen; zur Compensation gegen die Forderung des Klägers kann sie nicht gebracht werden und zwar auch deswegen, weil der Kläger sich nicht gefallen lassen muß, daß er durch die Nebenintervention in eine ungünstigere Lage gebracht werde.

Digitized by Google

6. Kaufvertrag. Nur die Contrahenten können Rechte und Verbindlichkeiten daraus ableiten. Die Cession des Vertrages von Seite des Verkäufers, ohne daß der Käufer einverstanden, ist unstatthaft.

Urtheil vom 3. Februar.

S. J. Meier von Bremgarten hat gegen Wittwe Theresia Maierhans von Oberlunkhofen folgende Klage geführt:

Am 8. Oktober 1876 habe Josef Meier, Antonis von Büschikon die sog. Ehretsmatte nebst drei andern Grundstücken an S. J. Meier in Bremgarten verkauft. Der Kauf sei mit der Bedingung geschehen, daß J. Meier, Antonis diejenigen Grundstücke, welche S. J. Meier in Bremgarten nicht veräußern könne wieder zurücknehme. S. J. Meier habe nun die Ehretsmatte wirklich nicht verkaufen gekonnt; deswegen sei dieselbe dann am 2. November 1877 von Josef Meier, Antonis, der Wittwe Theresia Meierhans von Oberlunkhofen veräußert worden. — Unterm 3. April 1879 habe Kläger die Ehretsmatte mit den übrigen von von Jos. Meier, Antonis, gekauften Liegenschaften von diesem sich zufertigen lassen und gleichzeitig habe dieser ihm den Kauf mit Wittwe Meierhans abgetreten, so daß er nun am Platze des Jos. Meier, Antonis, in den Kauf vom 2. Nov. 1877 getreten sei. Es werde das Begehren angebracht:

Die Wittwe Meierhans, resp. die Erben der inzwischen verstorbenen Wittwe Meierhans seien schuldig, gegen Zufertigung der Ehretsmatte laut Kauf vom 2. Nov. 1877 die Schuldpflicht gegen den Kläger für Fr. 1830 sammt Zins von Martini 1876 an gerechnet zu 5 % anzuerkennen.

Bei der Entscheidung der Frage, ob dieses Begehren begründet sei, ist folgende Erwägung maßgebend:

Die daherige Klage ist eine Contraktsklage; der Kläger gründet seinen Anspruch auf einen von Jos. Meier, Antonis, als Verkäufer und der Wittwe Meierhans als Käuferin angeblich am 2. Nov. 1877 abgeschlossenen Liegenschaftskauf. Was nun diesen Kauf betrifft, so konnten vertragsmäßige Rechte und Verbindlichkeiten selbstverständlich nur zwischen den Contrahenten begründet werden und frägt es sich daher, ob der Kläger wirklich einer der Paciscenten sei, welchem Rechte gegen die Beklagte aus dem angeführten Kaufsvertrage zustehen und diese Frage muß verneint werden. Die Kaufsurkunde spricht nicht dafür, daß Jos. Meier, Antonis im Namen eines Dritten gehandelt habe und ist demgemäß der Kläger nicht berechtigt, von der Beklagten die Erfüllung des Kaufsvertrages anzubegehren. Nur dem Mitcontra-

Digitized by Google

henten Jos. Meier hat der beklagte Theil in Ansehung des fragl. Vertrages Rede zu stehen, nicht aber dem Kläger, der bei dessen Abschluß in keiner Weise mitgewirkt hat.

Unerheblich ist die Behauptung des Klägers, daß Jos. Meier, Antonis ihm die aus dem Vertrage fließenden Rechte abgetreten habe, eine Abtretung des Kaufsvertrages, ohne daß auch die Käuferin dazu ihre Einwilligung gegeben, war rechtlich unstatthaft, da blos Forderungen einseitig abgetreten werden können (§ 819 des b. G. und 183 des schw. O.-R.).

7. Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. § 49 der Bund.-Verf.

Urtheil vom 28. Februar.

Schon seit unvordenklicher Zeit hat die Judenschaft von Langnau, d. h. die Corporation der dort ansässigen Israeliten, an den jeweiligen Inhaber der Pfarrpfründe Langnau alle zwei Jahre, je im ungeraden Jahrgang, einen Betrag von 7 Gulden 10 Kreuzer = Fr. 16. 57 bezahlt. Ueber die ursprüngliche Begründung dieses Rechtsverhältnisses fehlen positive Anhaltspunkte; daherige Urkunden liegen nicht vor und nach Ansicht der Kläger soll der Beweis des Bestandes von Recht und Pflicht in der lange andauernden unbeanstandeten Leistung von Seite des verpflichteten Theils liegen. Immerhin ist von diesem Verhältniß Erwähnung gethan in folgenden vier von der Klägerin vorgelegten Urkunden:

a) Einem amtlichen Bericht vom Jahr 1798 vom damaligen Pfarrer Trayer von Langnau verfaßt, über die Besoldungsverhältnisse dortiger Pfründe, worin es heißt: „Von den Juden alle zwei Jahre: 7 fl. 10 kr.".

b) Einem Bericht des Pfarrers Amstalden von Langnau vom Jahr 1841 an die Regierung enthaltend „Angabe all jener fixen Gebühren und Taxen, welche ein jeweiliger Pfarrer in Langnau bei Beerdigungen, Hochzeiten, Aussagungen der Kindbetterinnen, für Tauf- und andere Pfarrscheine, für Communionszeddel bis anhin bezogen hat," worin es am Schlusse heißt: „Judengeld — oder propter jura stolæ, alle zwei Jahre hat der Seckelmeister der Judenschaft laut Pfarrbuch an einen jeweiligen Pfarrer zu bezahlen 7 fl. und 10 kr."

c) u. d) Zwei Abkurungsrechnungen von den Jahren 1856 und 1875, in welchen beiden als Beitrag an die Besoldung des

Digitized by Google

Pfarrers von Langnau aufgeführt ist; und von der Judenschaft alle zwei ungeraden Jahre Fr. 16. 57.

Im Jahr 1876 richtete die Vorsteherschaft der israelitischen Gemeinde Langnau ein Gesuch an den Regierungsrath um Befreiung von dieser, ihrer Ansicht nach unrechtmäßigen Beisteuer an die Pfarrbesoldung von Langnau, wurde aber damit abgewiesen und bezahlte den Beitrag fort bis zum Jahr 1879. Für dieses Jahr verweigerte sie jedoch die Bezahlung, weßhalb die Kirchgemeinde Langnau mit einer Civilklage gegen die jüdische Genossenschaft, d. h. die Ortsbürgergemeinde Neu-Langnau aufgetreten und das Begehren gestellt hat: Die Beklagte sei schuldig zu erklären:

1. Anzuerkennen, daß sie an die Pfarrpfründe Langnau, resp. an den jeweiligen Inhaber derselben alle zwei Jahre, je im ungeraden Jahre, einen Betrag von Fr. 16. 57 zu leisten verpflichtet sei;

2. diesen Betrag mit Verzugszins seit der Betreibung pro 1879 zu bezahlen.

Die Beklagte sucht an der Hand der geschichtlichen Entwicklung des Judenthums im Mittelalter nachzuweisen, daß der von der Klägerin geforderte Betrag nichts als eine den Juden von der Kirche auferlegten Steuer sei, welche gegenüber dem aarg. Gem.-Steuergesetz (§ 15) und der Bundesverfassung (Art. 49, lemma 6) keinen rechtlichen Bestand mehr haben könne und schließt auf Abweisung der gegnerischen Klage.

Bei rechtlicher Prüfung dieser Sache ergibt sich folgendes:

Die Klägerin selbst weiß keinen ausdrücklichen civilen Entstehungsgrund für die eingeklagte Forderung anzugeben; sie sieht den Beweis des Bestandes von Recht und Verpflichtung in der lange andauernden unbeanstandeten Leistung seitens des verpflichteten Theils. Damit ist aber die Klage nach der Auffassung des obern Richters noch nicht begründet. Die Rechtswissenschaft kennt allerdings Rechtsinstitute, bei welchen aus jährlichen oder andern periodischen Leistungen die seit unvordenklicher Zeit unbeanstandet prästirt worden sind, auf den Bestand des denselben zu Grunde liegenden Rechts geschlossen wird, zur Begründung seines bezüglichen Anspruchs nichts weiter zu beweisen hat, als daß der Verpflichtete bisher ohne Widerspruch der Leistung nachgekommen ist. Solche Verhältnisse kommen z. B. bei den Reallasten vor, bei welchen unvordenkliches Herkommen unzweifelhaft als ein Erwerbungsgrund gilt. Hiebei handelt es sich aber überall um Leistungen, welche nicht persönlicher Natur sind, sondern mit einem Grundstücke in Verbindung stehen. Auch das aarg. Recht kennt

Digitized by Google

in einzelnen besondern Fällen das Herkommen als Verpflichtungsgrund zu gewissen Leistungen, z. B. das Straßenbaugesetz § 15 und 16; allein auch die hier aufgeführten Verbindlichkeiten hangen nicht rein an der Corporation oder der betr. Privatperson, sondern sie sind immer verbunden mit einzelnen Liegenschaften oder ganzen Güterkomplexen, welchen die bezüglichen Straßen einen direkten oder wenigstens indirekten Vortheil gewähren.

Bei der von der Klägerin im obwaltenden Streit eingeklagten Leistung sind gar keine Anhaltspunkte vorhanden, aus welchen sich schließen läßt, daß es sich um eine reale Last und um ein derselben entsprechendes Recht handelt, welches wie oben schon bemerkt, als ein dingliches durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnte. Zieht man vielmehr die von der Klägerin selbst vorgelegten Urkunden zu Rathe, so ergibt sich mit völliger Klarheit, daß die klägerische Forderung keinen privatrechtlichen Charakter hat, sondern eine Abgabe ist, wie sie der Staat und die Kirche im Mittelalter den Israeliten vielfach auferlegt hat. In dem Bericht des Pfarrers Amstalden an den Reg.-Rath über die Einkünfte der Pfründe Langnau bezeichnet er die eingeklagte Forderung als „Judengeld" und fügt erklärungsweise bei: „oder propter jura stolæ" und beruft sich für seine Angabe über den bezüglichen Posten von 7 fl. 10 kr. auf das Pfarrbuch, woraus zu schließen ist, daß er diesem die ganze Notiz entnommen hat.

Würde der Berichterstatter über die Pfründeinkünfte nur den Ausdruck „Judengeld" ohne weitern Beisatz gebraucht haben, so könnte man denken, es handle sich um die Judensteuer, Judenzins, eine Abgabe, welche die Juden im Mittelalter als Schutzbefohlene des Kaisers in dessen Schatzkammer zu zahlen hatten und welche dann in der Folge wie andere Regalien an die Landesherren und einzelne Städte und Personen verliehen wurden. Aus dem Zusatze „oder propter jura stolæ" ist aber sicher zu schließen, daß es sich um eine kirchliche Abgabe handelt. Wenn nämlich auch das canonische Recht eine Leistung, welche als Bezeichnung für geistliche Funktionen gelten soll, unter den Gesichtspunkt der Simonie stellte, so ließ es doch freiwillige Gaben (oblationes) zu und aus diesen ist später eine stehende Abgabe geworden, die unter dem Namen „jura stolæ" für Taufen, Hochzeiten, Beerdigungen, besondere Aussagungen ꝛc., für Ausstellung von Tauf-, Trau-, Todtenscheinen und dgl. bezahlt wurde und einen wesentlichen Theil der Einnahmen der Geistlichen ausmachte (Richter, Kirchenrecht § 219). Wenn nun die von den Juden entrichteten 7 fl. 10 kr. als „propter jura stolæ" bezeichnet werden und in dem von der Beklagten vorgelegten Quittungsbüchlein, welches sich

Digitized by Google

seinem Inhalte nach auf die streitige Leistung bezieht, dafür der Ausdruck „pro juribus stolæ“ gebraucht wird, so ist mit Sicherheit anzunehmen, die Kirche von Langnau habe der dort wohnenden Judenschaft als Aequivalent für die ihr entgehenden Stolgebühren die streitige Abgabe auferlegt, indem man nämlich von der Voraussetzung ausgieng, wenn die Israeliten nicht dort wohnten, so würden Christen die betreffenden Wohnsitze und Wohnhäuser inne haben und Stolgebühren entrichten. Diese Erklärung der fraglichen streitigen Leistung und Zurückführung auf ihren eigentlichen Ursprung erscheint um so plausibler als die von der Beklagten citirte Stelle aus dem corpus jur. canon. (c. 18. X. 19) den Kirchen wirklich das Recht ertheilte, derartige Leistungen von den Israeliten zu verlangen; denn, wenn auch der Ausdruck „Zehnten“ „decimæ“ in dieser Stelle für die vorliegende Frage nichts beweist, weil Israeliten, die in Besitz von zehntpflichtigen Grundstücken kamen, den Zehnten bezahlen oder jene veräußern mußten (c. 16. X. III. 30), so bezieht sich der Ausdruck „oblationes“ so recht eigentlich auf diejenigen freiwilligen Gaben, aus welchen später die sog. Stolgebühren entstanden sind. Es ist daher nicht zu verwundern, daß die Kirche von Langnau von der ihr eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht und der jüdischen Corporation, welche in ihrem Gemeindsbann wohnte, am Platze der Stolgebühren, die ja von den Israeliten nicht bezogen werden konnten, eine besondere Abgabe auferlegt hat. Es ist aber auch begreiflich, daß sich die an die Stelle der frühern israelitischen Corporation getretene Gemeinde Neu-Langnau diese Abgabe zu bezahlen weigert und sie muß aus doppeltem Grunde in dieser Weigerung geschützt werden. Einmal nämlich sind die Stolgebühren durch Regierungsverordnung vom 5. Dez. 1874 abgeschafft und ist den katholischen Geistlichen bei Strafe des Rückersatzes der Bezug solcher untersagt; es folgt daraus logischer Weise, daß auch das am Platze und als Aequivalent der Stolgebühren von der Beklagten geleistete sog. „Judengeld“ als ungesetzlich dahin gefallen ist. Sodann aber erscheint die streitige Abgabe ihrem historischen Ursprunge nach als eine Beisteuer der israel. Corporation von Langnau an die dortige katholische Kirche und zwar als eine Beisteuer zu eigentlichen Kultuszwecken, welche mit Art. 49, lemma 6 der schweiz. Bundesverfassung im Widerspruch steht und deren Aufhebung daher die Beklagte mit Recht verlangen kann.

Es wurde sonach erkannt:

Die Kirchgemeinde Langnau sei mit ihrer Klage als einer unbegründeten abgewiesen und verfällt, der Beklagten die Kosten des Streites zu ersetzen.

Digitized by Google

in einzelnen besondern Fällen das Herkommen als Verpflichtungsgrund zu gewissen Leistungen, z. B. das Straßenbaugesetz § 15 und 16; allein auch die hier aufgeführten Verbindlichkeiten hangen nicht rein an der Corporation oder der betr. Privatperson, sondern sie sind immer verbunden mit einzelnen Liegenschaften oder ganzen Güterkomplexen, welchen die bezüglichen Straßen einen direkten oder wenigstens indirekten Vortheil gewähren.

Bei der von der Klägerin im obwaltenden Streit eingeklagten Leistung sind gar keine Anhaltspunkte vorhanden, aus welchen sich schließen läßt, daß es sich um eine reale Last und um ein derselben entsprechendes Recht handelt, welches wie oben schon bemerkt, als ein dingliches durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnte. Zieht man vielmehr die von der Klägerin selbst vorgelegten Urkunden zu Rathe, so ergibt sich mit völliger Klarheit, daß die klägerische Forderung keinen privatrechtlichen Charakter hat, sondern eine Abgabe ist, wie sie der Staat und die Kirche im Mittelalter den Israeliten vielfach auferlegt hat. In dem Bericht des Pfarrers Amstalden an den Reg.-Rath über die Einkünfte der Pfründe Langnau bezeichnet er die eingeklagte Forderung als „Judengeld" und fügt erklärungsweise bei: „oder propter jura stolæ" und beruft sich für seine Angabe über den bezüglichen Posten von 7 fl. 10 kr. auf das Pfarrbuch, woraus zu schließen ist, daß er diesem die ganze Notiz entnommen hat.

Würde der Berichterstatter über die Pfründeinkünfte nur den Ausdruck „Judengeld" ohne weitern Beisatz gebraucht haben, so könnte man denken, es handle sich um die Judensteuer, Judenzins, eine Abgabe, welche die Juden im Mittelalter als Schutzbefohlene des Kaisers in dessen Schatzkammer zu zahlen hatten und welche dann in der Folge wie andere Regalien an die Landesherren und einzelne Städte und Personen verliehen wurden. Aus dem Zusatze „oder propter jura stolæ" ist aber sicher zu schließen, daß es sich um eine kirchliche Abgabe handelt. Wenn nämlich auch das canonische Recht eine Leistung, welche als Bezeichnung für geistliche Funktionen gelten soll, unter den Gesichtspunkt der Simonie stellte, so ließ es doch freiwillige Gaben (oblationes) zu und aus diesen ist später eine stehende Abgabe geworden, die unter dem Namen „jura stolæ" für Taufen, Hochzeiten, Beerdigungen, besondere Aussagungen ꝛc., für Ausstellung von Tauf-, Trau-, Todtenscheinen und dgl. bezahlt wurde und einen wesentlichen Theil der Einnahmen der Geistlichen ausmachte (Richter, Kirchenrecht § 219). Wenn nun die von den Juden entrichteten 7 fl. 10 kr. als „propter jura stolæ" bezeichnet werden und in dem von der Beklagten vorgelegten Quittungsbüchlein, welches sich

Digitized by Google

seinem Inhalte nach auf die streitige Leistung bezieht, dafür der Ausdruck „pro juribus stolæ“ gebraucht wird, so ist mit Sicherheit anzunehmen, die Kirche von Langnau habe der dort wohnenden Judenschaft als Aequivalent für die ihr entgehenden Stolgebühren die streitige Abgabe auferlegt, indem man nämlich von der Voraussetzung ausgieng, wenn die Israeliten nicht dort wohnten, so würden Christen die betreffenden Wohnsitze und Wohnhäuser inne haben und Stolgebühren entrichten. Diese Erklärung der fraglichen streitigen Leistung und Zurückführung auf ihren eigentlichen Ursprung erscheint um so plausibler als die von der Beklagten citirte Stelle aus dem corpus jur. canon. (c. 18. X. 19) den Kirchen wirklich das Recht ertheilte, derartige Leistungen von den Israeliten zu verlangen; denn, wenn auch der Ausdruck „Zehnten“ „decimæ“ in dieser Stelle für die vorliegende Frage nichts beweist, weil Israeliten, die in Besitz von zehntpflichtigen Grundstücken kamen, den Zehnten bezahlen oder jene veräußern mußten (c. 16. X. III. 30), so bezieht sich der Ausdruck „oblationes“ so recht eigentlich auf diejenigen freiwilligen Gaben, aus welchen später die sog. Stolgebühren entstanden sind. Es ist daher nicht zu verwundern, daß die Kirche von Langnau von der ihr eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht und der jüdischen Corporation, welche in ihrem Gemeindsbann wohnte, am Platze der Stolgebühren, die ja von den Israeliten nicht bezogen werden konnten, eine besondere Abgabe auferlegt hat. Es ist aber auch begreiflich, daß sich die an die Stelle der frühern israelitischen Corporation getretene Gemeinde Neu-Langnau diese Abgabe zu bezahlen weigert und sie muß aus doppeltem Grunde in dieser Weigerung geschützt werden. Einmal nämlich sind die Stolgebühren durch Regierungsverordnung vom 5. Dez. 1874 abgeschafft und ist den katholischen Geistlichen bei Strafe des Rückersatzes der Bezug solcher untersagt; es folgt daraus logischer Weise, daß auch das am Platze und als Aequivalent der Stolgebühren von der Beklagten geleistete sog. „Judengeld“ als ungesetzlich dahin gefallen ist. Sodann aber erscheint die streitige Abgabe ihrem historischen Ursprunge nach als eine Beisteuer der israel. Corporation von Langnau an die dortige katholische Kirche und zwar als eine Beisteuer zu eigentlichen Kultuszwecken, welche mit Art. 49, lemma 6 der schweiz. Bundesverfassung im Widerspruch steht und deren Aufhebung daher die Beklagte mit Recht verlangen kann.

Es wurde sonach erkannt:

Die Kirchgemeinde Langnau sei mit ihrer Klage als einer unbegründeten abgewiesen und verfällt, der Beklagten die Kosten des Streites zu ersetzen.

Digitized by Google

8. Lebensversicherungsvertrag. Versicherung zu Gunsten Dritter. Die fällig gewordene Versicherungssumme gehört, auch wenn der Versicherungsnehmer vor seinem Ableben fallit geworden, den begünstigten Dritten und nicht den Gläubigern desselben *).

Urtheil vom 1. März 1883.

Rudolf Müller, Weibel von Oberkulm war seit August 1873 bei der „Concordia", der Lebensversicherungsgesellschaft in Köln, um Fr. 3000 versichert. Die Police lautete „zu Gunsten seiner Ehefrau Marianna, geb. Gloor, resp. seiner Kinder." Im Dezember 1881 fiel R. Müller in den Geltstag. Am 15. März 1882 starb er und wurde in Folge dessen die Police fällig.

Nun entstand die Frage, wem die Versicherungssumme gehöre. Wittwe Müller und deren Kinder erhoben in erster Linie Anspruch auf dieselbe und stellten das Begehren, es sei ihnen die beim Gerichtspräsidium Kulm deponirte Summe herauszugeben. Die Geltstagsbehörde verfügte, es sei von der deponirten Versicherungssumme derjenige Theil, welcher die durch den Geltstager einbezahlten Prämien mit betreffendem Zins repräsentirt, in die Masse zu ziehen und der Rest der Ehefrau und den Kindern des Geltstagers auszuhändigen. Diese Verfügung wurde den Gläubigern des R. Müller durch Publikation im Amtsblatt zur Kenntniß gebracht, vom Gemeinderath Oberkulm und der Hypothekarkasse Lenzburg gegen dieselbe Einspruch erhoben und verlangt, es sei die ganze, durch das Absterben des R. Müller fällig gewordene Lebensversicherungssumme in die Geltstagsmasse zu ziehen.

Dieses Verlangen wurde — in Aufrechthaltung der geltstagsrichterlichen Verfügung — abgewiesen und zwar mit nachfolgender Betrachtung:

Die Lebensversicherungen auf den Todesfall bezwecken offenbar, daß der bestimmten Personen durch das Hinscheiden einer andern entstehende Vermögensverlust ganz oder theilweise vergütet werde. Wird eine Versicherung auf den eigenen Todesfall zu Gunsten Dritter vorgenommen, so ist damit diesen letztern das Kapital oder die Rente ausbedungen für welche Prämien oder eine Einstandssumme bezahlt worden; sie erscheinen daher als die empfangsberechtigten Gläubiger der Versicherungssumme, da der Nehmer der Versicherung sich selbst diese Summe nicht ausbedungen hat und sie vom Versicherer auch nicht selbst beanspruchen kann. Es liegt also in der Natur dieser Art von Versicherungsverträgen, daß der Versichernde sich eine Leistung an Jemand

*) Vgl. Ztschr. XVIII, S. 33 ff.

Digitized by Google

anders, als an sich selbst, also an einen Dritten versprechen läßt. Allerdings ist der Versicherungsnehmer diesem Dritten gegenüber bei Lebzeiten der Regel nach zu nichts verbunden; er kann die Versicherung aufgeben, verwirken, die Police mit oder ohne Einwilligung des Versicherers übertragen, oder die Benennung des Begünstigten wechseln. Aber dadurch wird der Anspruch der in der Police Benannten nur ein bedingter und wenn die Bedingung — d. h. eine Aenderung der bemerkten Art — nicht eintritt, so ist ihnen auch sofort mit dem Tode des Versicherungsnehmers das Forderungsrecht auf die Versicherungssumme erwachsen, sie sind dem Versicherer gegenüber unwiderruflich die Empfangsberechtigten*). Die von den Einsprechern geltend gemachte Behauptung, daß der in der Police enthaltene Zusatz: „zu Gunsten seiner Ehefrau, resp. seiner Kinder" ohne alle Bedeutung sei, weil auch ohne denselben der Versicherungsbetrag auf die Frau, resp. die Kinder des Versicherten, als dessen nächste Erben, übergehe, somit einen zur Geltstagsmasse des Versicherten gehörenden Vermögensbestandtheil bilde, fällt vor der Betrachtung dahin, daß dieser dem Erblasser selbst nicht zustehende Anspruch nicht auf die Erben des Versicherungsnehmers übergegangen sein kann, sondern höchstens das vertragsmäßige Recht, die Zahlung an die Begünstigten zu fordern. Aber auch abgesehen von diesem letztern Motiv würde der Umstand, daß Erbe und Begünstigter in einer und derselben Person zusammenfallen, an der Natur dieses rein obligatorischen Verhältnisses durchaus nichts ändern, anerkennt doch das moderne Recht — namentlich mit Bezug auf Lebensversicherungen — die Möglichkeit, daß Jemand sich eine Leistung an einen Dritten in dem Sinne versprechen lassen kann, daß der Dritte direkt berechtigt wird. Vergl. Art. 128 des schweiz. O.-R.

Hieraus erhellt, daß die Versicherungssumme, auf deren Auszahlung die Rekursbeklagten (als aus dem zu Gunsten Dritter errichteten Versicherungsvertrage Begünstigten) einen direkten Anspruch haben, nicht in die Geltstagsmasse des Versicherungsnehmers fallen darf. Immerhin kann die Konkursmasse verlangen, daß der dritte Berechtigte nicht auf ihre Kosten sich bereichere. In dieser Hinsicht erscheint es deßhalb am Platze, daß den Geltstagsgläubigern alle diejenigen Beträge zukommen, welche der Versicherte seinerzeit an Prämien bezahlt hat, um die Versicherung abzuschließen und aufrecht zu erhalten, dasselbe gilt mit Bezug auf die Zinse von den bezüglichen Leistungen, von dem Moment an, wo sie gemacht wurden.

*) Vorstehende Sätze sind den Entsch. des deutschen Reichsgerichts Bd. 1, S. 190 f. entnommen. Red.

Digitized by Google

9. Rechtliche Kundmachung; Zustellungsbewilligung des Gerichtspräsidenten; ein Rekurs gegen diese Bewilligung ist nicht gerechtfertigt.

Urtheil vom 20. März 1883.

Am 14. November 1882 deponirte Herr Walter Urech in Brugg bei der aarg. Bank in Aarau einen Betrag von Fr. 68,376. 80 und erhielt dafür einen Depositenschein Nr. 31877, welcher auf Walter Urech in Brugg als Liquidator der Firma Urech, Dürler & Cie. in Liquidation lauten soll.

Die Herren J. R. Mettler und Genossen in St. Gallen erheben auf das Depositum Anspruch, indem sie behaupten, daß dasselbe den Erlös derjenigen Waaren repräsentire, welche sie der im Jahr 1880 in Freetown an der Sierra-Leone-Küste in Afrika etablirten Firma Urech, Dürler & Cie. theils in Consignation, theils auf feste Rechnung lieferten und wofür ihnen gegen die Firma Urech, Dürler & Cie. eine Forderung von Fr. 82,000 zustehe. Die Vindikation der noch in Freetown liegenden Waaren werde vorbehalten. — Am 20. Dezember 1882 erließen die Herren J. R. Mettler und Genossen mit Bewilligung des Gerichtspräsidiums Aarau eine Kundmachung an die aarg. Bank, worin letzterer untersagt wird, den von Walter Urech deponirten Betrag von ca. Fr. 67,000 an irgend Jemanden, inbegriffen auch den- oder diejenigen, welche der aarg. Bank den Betrag zur Verfügung gestellt haben, herauszubezahlen oder über obigen Betrag irgendwie zu verfügen ohne Einwilligung der Intimanten oder ohne rechtskräftigen Richterspruch und zwar bei eigener Verantwortlichkeit der Bank im Falle der Nichtbeachtung dieses Verbotes. Nach Empfang der Kundmachung theilte die Bank dem Walter Urech mit, daß das Depositum von Seite J. R. Mettler und Sohn in St. Gallen und Mithafte mit Beschlag belegt worden sei und daß infolge dessen die Auszahlung so lange verweigert werde, bis er, Walter Urech, den gerichtlich bewilligten Arrest beseitigt habe.

Walter Urech rekurrirte nun gegen die Zustellungsbewilligung des Gerichtspräsidiums von Aarau, das Begehren stellend, es sei:

a) fragl. Bewilligung als unstatthaft,

b) die Notifikation der Herren J. R. Mettler und Genossen als unverbindlich zu erklären.

Bezüglich dieses Begehrens wurde befunden:

Digitized by Google

Das Institut der gerichtlichen Notifikation oder Kundmachung, welches in der Civilprozeßordnung nicht geregelt wird, entspricht einem praktischen Bedürfniß. Um des Beweises der rechtzeitigen Insinuation nicht verlustig zu werden, oder um diesfalls die Beweisfrage außer Zweifel zu stellen, wird der Weg der gerichtlichen Vermittlung gewählt. Dabei enthalten sich die zuständigen Gerichtsstellen, als welche die Präsidenten der Bezirksgerichte betrachtet werden, jeder nähern Untersuchung der Sache. Es wird deßhalb einer solchen amtlichen Thätigkeit — die Beweisfrage ausgenommen, auch keine weitere Bedeutung beigelegt und jedenfalls ist so viel klar, daß dem Obergericht gegenüber daherigen Verfügungen eines Gerichtspräsidenten keine Urtheilsbefugniß zusteht, insofern und insoweit der Gerichtspräsident sich lediglich auf die Bewilligung der Zustellung einer Kundmachung oder Notifikation beschränkt. Dies ist nun in Bezug auf die rubricirte Bewilligung der Fall und das Obergericht mithin zur nähern Untersuchung weder berechtigt noch verpflichtet. Der Gerichtspräsident von Aarau hat sich selbst keine Verfügung erlaubt, welche in irgend einer Weise der unter den Parteien streitigen Frage präjudizirt, vielmehr bleibt es der aarg. Bank als Insinuatin überlassen, ob sie die Insinuation berücksichtigen will oder nicht.

Wenn die aarg. Bank in ihrer an den Rekurrenten gerichteten Mittheilung vom 19. Dezember 1882 von einer gerichtlichen Beschlagnahme oder von einem gerichtlichen Arrest spricht, so beruht dies auf einem offenbaren Irrthum. Für das Verhältniß zwischen der aarg. Bank und dem Rekurrenten als Deponent sind für einmal, d. h. so lange nicht ein richterliches Verbot für die Aushändigung des Depositums besteht, diejenigen Bestimmungen maßgebend, nach welchen die aarg. Bank von Privaten Gelder als Depositium entgegennimmt. Das daherige Verhältniß ist civilrechtlicher Natur und es muß ein allfälliger Streit über die Frage der Herausgabe des Depositums auf dem ordentlichen Wege des Civilprozesses verhandelt werden.

Der Rekurs wurde daher als unbegründet abgewiesen.

10. Erbauskaufsvertrag; rechtliche Bedeutung und Tragweite desselben.

Urtheil vom 19. April 1883.

Karolina Müller, geb. Bertschi, hat gegen Heinrich Bertschi folgende Klage eingereicht: Am 16. Juli 1881 sei in Ennetbaden Joh. Georg Bertschi, Vater der Litiganten, nachdem die Ehefrau und bezw. Mutter schon im Jahre 1879 verstorben, mit Tod ab-

Digitized by Google

gegangen und die Litiganten seien seine gesetzlichen Erben. Der Nachlaß betrage laut gemeinderäthlicher Inventur ein Vermögen von Fr. 24,000. Die gesetzliche Erbfolge der beiden Geschwister erleide aber eine Modifikation, indem die Klägerin, unter Assistenz ihres Ehemannes, unterm 12. Dezember 1870 mit ihrem Vater einen gemeinderäthlich gefertigten Erbauskaufvertrag abgeschlossen, laut welchem sie vom väterlichen und mütterlichen Vermögen um die Summe von Fr. 4400 ausgekauft worden sei, sie habe aber dem Beklagten gegenüber, der die väterliche Erbschaft angetreten, Ansprüche geltend zu machen, welche durch diesen Auskaufsvertrag nicht berührt würden. Kaum etwa 10 Tage vor ihrem Hinscheid sei der Mutter der Litiganten von Seite der Eheleute Heinr. Adam und Marie Anna Wetzel ein Erbe von Fr. 1535. 42 zugefallen, welche Summe dem Ehemann Bertschi im Jahr 1879 baar ausbezahlt worden sei. Mit dem Tode der Mutter sei dieses Vermögen dem Eigenthum nach den Kindern, resp. den beiden Litiganten, und dem Vater zur lebenslänglichen Verwaltung und Nutznießung angefallen. Da dieses Erbe im Jahr 1870 noch nicht eingekehrt, also weder väterliches, noch mütterliches Vermögen gewesen, so werde es auch durch den Erbauskaufvertrag nicht berührt, um so weniger als Vater Bertschi nach § 970 des A.-B.-G. über eine noch nicht angefallene Erbschaft nicht verfügen durfte.

Eventuell wurde die Behauptung aufgestellt und durch Haupteid zu beweisen übernommen, daß bei und nach Unterzeichnung des Auskaufsvertrages sowohl der Vater Bertschi als der Beklagte der Klägerin einräumten, daß sie von künftigen Erbschaften nicht ausgeschlossen sein soll.

Im Weitern wurde geltend gemacht: Gesetzlicher Vorschrift gemäß habe sie zum voraus Anspruch auf die Kleider und Kleinodien der Mutter, die sie nur aus Unkenntniß nicht schon beim Hinscheid der Mutter dem Vater abgefordert habe; im Inventar seien die Gegenstände aufgeführt und geschätzt, jedoch nicht vollständig, weßhalb verlangt werde, der Beklagte soll dieselben angeben und seine Angabe beschwören, für einmal werden die bekannten Gegenstände auf Abschlag angenommen; der ganze Werth an Kleidern und Kleinodien betrage mindestens Fr. 500, wofür der Schätzungseid angeboten werde.

Der Beklagte bestreitet die Richtigkeit des angegebenen Umfangs des väterlichen Nachlasses, indem dem Vermögen von Fr. 24,000 auch ein Schuldenstand von Fr. 8000 gegenüber gestanden. Den Erbanfall aus dem Vermögen der Eheleute Wetzel im Jahr 1879 stellt er nicht in Abrede, bestreitet aber, gestützt ge-

Digitized by Google

rade auf den Auskaufsvertrag von 1870 allen und jeden Mitanspruch der Klägerin auf dieses Erbe; auch widerspricht er die Behauptung, daß beim Abschluß dieses Vertrages bedungen worden, daß künftige Erbanfälle durch denselben nicht berührt werden sollen. Endlich anerkennt der Beklagte auch keinen Anspruch der Klägerin auf die Kleider und Kleinodien der Mutter der Litiganten und widerspricht den angeblichen Umfang und Werth derselben, sowie die Zulässigkeit jedweder dießfälligen Beweisführung.

Ueber die Frage, ob dem beklagtischen Appellationsbegehren zu entsprechen, oder das bezirksgerichtliche Urtheil zu bestätigen sei.

Bei Beurtheilung der Sache erschien nachstehende Betrachtung als maßgebend.

Wenn die Klägerin mit Berufung auf § 970 des A.-B.-G. an die Spitze ihrer Rechtsbegründung die Behauptung stellt, niemand sei befugt, über eine noch nicht angefallene Erbschaft zu verfügen, so ist sie hiebei im Allgemeinen im Recht; diese Vorschrift bildet die gesetzliche Regel. Die Klägerin übersieht aber die in unserm Gesetze selbst aufgestellten Ausnahmen von dieser Regel, nämlich die Erbverträge, zu denen speziell der Auskaufsvertrag bezüglich des Erbrechts gehört. Durch den Auskaufsvertrag wird der pflichttheilsberechtigte Erbe hinsichtlich des ganzen zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen, sowie auch des zukünftigen Vermögens ausgekauft, resp. das Objekt eines jeden solchen Vertrages bildet die Verlassenschaft des auskaufenden Erblassers, in dem Umfange, wie sie im Zeitpunkte des Todes des Erblassers selbst sich darstellt. Es ist somit die Behauptung der Klägerin daß der Erbauskauf sich nicht auf jenes Vermögen beziehe, welches ihrer Mutter erst geraume Zeit nach Abschluß des Vertrages angefallen, nicht gerechtfertigt. Es kann auch nicht gesagt werden, daß der Auskauf nur das väterliche Vermögen zum Gegenstand habe, wenn man in Betracht zieht, daß beim Abschluß des Vertrages der Vater der Klägerin, Johann Georg Bertschi für sich und als gesetzlicher Vertreter seiner Ehefrau gehandelt, und die ebenfalls durch ihren Ehemann gesetzlich vertretene Klägerin die ausdrückliche Erklärung abgegeben, daß sie auf alle Erbansprüche, soweit es väterliches und mütterliches Vermögen betreffe, für alle Zeiten verzichte. Demgemäß muß auch das Begehren der Klägerin um Ausfolgung der Kleider und Kleinodien ihrer Mutter als ein unbegründetes abgewiesen werden. Maßgebend ist eben die klarlautende Bestimmuug in Art. 2 des Erbauskaufsvertrages, dahin gehend, daß die ausgekaufte Frau Karolina Müller, geb. Bertschi, mit Handen ihres Ehemannes Heinrich Müller die Erklärung abgegeben, daß sie auf den Nach-

Digitized by Google

laß ihrer Eltern keinerlei Anspruch mehr machen wolle. Die Klägerin behauptet nun aber, daß bei und nach Unterzeichnung dieses Auskaufsvertrages im Jahr 1870 sowohl die Eltern, als der Beklagte selbst der Klägerin ausdrücklich einräumten, daß sie durch den Auskaufsvertrag von künftigen Erbschaften nicht ausgeschlossen sein soll. Wäre dies richtig, so müßte dann das Klagbegehren zugesprochen werden. Es ist daher der Klägerin in dieser Beziehung Beweis zu gestatten, immerhin unter der Einschränkung, daß es in dem Beweissatze nicht „bei und nach" der Unterzeichnung des Vertrages, sondern bloß „nach" der Unterzeichnung heißen solle, weil bei Verträgen die in Schrift verfaßt werden, gemäß § 635 des A.-B.-G. auf mündliche Nebenverabredungen keine Rücksicht zu nehmen ist, welche vor Unterzeichnung der Urkunde stattgefunden haben und nicht in dieselbe aufgenommen worden sind.

Es wurde daher erkannt:

Die Klägerin habe durch den gemäß § 238 der P.-O. auszuschwörenden verneinenden Haupteid des Beklagten zu beweisen, daß sowohl die Eltern, als der Beklagte selbst, nach der Unterzeichnung des Auskaufsvertrages im Jahr 1870, ausdrücklich der Klägerin einräumten, daß sie durch den Auskaufsvertrag von künftigen Erbschaften nicht ausgeschlossen sein soll.

Emil Vogt.

Nekrolog.

Die große und allgemeine Popularität, welche Prof. Dr. Emil Vogt in den Reihen der bernischen Juristen genoß, sowie seine Verdienste um die heimische Hochschule, die Entwicklung und Pflege des bernischen und schweizerischen Rechts, endlich seine Mitarbeiterschaft an dieser Zeitschrift selbst, würden uns als pflichtvergessen und undankbar erscheinen lassen, wenn wir ihm nicht in diesen Blättern einige Worte der Erinnerung widmen würden. Wir bedauern nur, daß nicht eine mit dem Verstorbenen näher befreundete Feder sich dieser Aufgabe unterzogen

Digitized by Google

hat und daß die Umstände die Durchforschung des Quellenmaterials zu einer ausführlicheren biographischen Arbeit, die manch' interessantes Streiflicht auf die Zeitgeschichte dargeboten hätte, nicht gestatteten.

Emil Vogt wurde geboren den 3. August 1820 als der Sohn des Professors der Medicin, Philipp Friedr. Wilh. Vogt, zu Gießen. Für die ungewöhnliche geistige Begabung der Familie spricht, daß, wie der Vater, so auch drei Brüder des Verstorbenen, Karl, Adolf und Gustav Vogt, sich durch wissenschaftliche und Lehrthätigkeit einen bedeutenden Ruf erworben haben. Auch Emil Vogt hatte einen reichen Antheil an diesem väterlichen Erbgut. Bald nach Gründung der Berner Hochschule wurde der Vater im Jahr 1835 an die klinische Lehrstelle derselben berufen und siedelte mit seiner Familie nach Bern über, wo dieselbe eine neue Heimath finden sollte. Obschon Emil damals noch in den Knabenjahren stand, ist er doch — wir können dies sagen ohne seinem Andenken nahe zu treten — im Guten wie im Schlimmen niemals ganz Schweizer geworden; es blieb ihm der spezifisch schweizerische Patriotismus fremd und unverständlich; sein Volk war die gebildete Menschheit, das Gebiet der Wissenschaften seine eigentliche Heimath.

Seinen juristischen Studiengang durchlief Vogt theils in Bern, theils in Tübingen, wo ihn besonders der an der Spitze der Fakultät stehende Wächter angezogen zu haben scheint, von dem er später erzählte, er habe auf Wunsch seiner Zuhörer sich mit Leichtigkeit entschlossen, über irgend ein Fach seiner Wissenschaft Vorlesungen zu halten. Auch Nationalökonomie und Philosophie beschäftigten den lebhaften Geist des jungen Studirenden, und wie er daneben sein ungewöhnliches musikalisches Talent fleißig pflegte, beweist die aus jener Zeit stammende Anekdote, daß der Fürst von Hohenzollern-Hechingen, der Vogt gelegentlich spielen gehört, ihm eine Stelle als Hofmusikus und Forstbeamter in seinen Staaten angeboten und Vogt den schmeichelhaften Antrag erst auf Weisung seines Vaters ausgeschlagen habe. Auch wird erzählt, daß er in Bern später den berühmten Pianisten Dreyschock in einem Wettkampf geschlagen und daß eine von

Digitized by Google

ihm componirte Symphonie mit Erfolg aufgeführt wurde. Eine Aufführung des „Messias" war ihm noch in den letzten Monaten seines Lebens ein nicht zu versäumender Hochgenuß. — Den Doktorgrad erlangte Vogt an der Berner Fakultät und hielt sodann Vorlesungen als Privatdozent. Diese Thätigkeit wurde aber unterbrochen durch Schwierigkeiten, welche im Jahr 1843 ihm von der Regierung gemacht wurden, weil seine Familie das ursprüngliche hessische Staatsbürgerrecht verloren und ein neues infolge Abweisung der Naturalisation durch den Großen Rath nicht erworben hatte.

Dr. Emil Vogt wandte sich nach Paris, wo sich sein Bruder Karl befand, durch den er mit hervorragenden Männern der verschiedensten Kreise, wie Proudhon, Bakunin, den Dichtern Heine und Ogareff u. A. m. bekannt wurde und in z. Th. lebhaften Verkehr trat. Als nach Beseitigung der Neuhaus'schen Regierung die Familie Vogt auf Grund des ihr von der Gemeinde Erlach geschenkten Ortsbürgerrechts im Kanton Bern naturalisirt worden, kehrte V. nach Bern zurück und widmete sich der Advokatur. Im Jahr 1848 verband er sich mit N. Niggeler zum Betriebe des bekannten Büreau's, welches bald eines der ersten im Kanton wurde. Seine gerichtlichen Vorträge zeichneten sich durch Eleganz der Sprache wie durch die stete Hinweisung auf die unserm Recht zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzipien aus; insbesondere verwies er gerne immer wieder auf das römische Recht, dessen Studium er stets als die Grundlage aller juristischen Bildung erklärte — eine Ansicht, die bis in die neuere Zeit in Bern keineswegs allgemein anerkannt war; citirte er doch selbst eine Aeußerung, die ihm in juristischem Kreis entgegentönte: Wir brauchen hier kei frömdi Jurisprudenz. Kam es auch bisweilen vor, daß er „einen Handel verdokterte", wie die Rede ging, stets schöpften die Richter und wohl auch der gegnerische Anwalt Anregung und Belehrung aus Vogts Plaidoyer. Akademische Thätigkeit mit der Advokatur zu verbinden, oder letztere mit ersterer zu vertauschen, war wohl von jeher sein Wunsch; doch schlug er im Jahr 1848 eine außerordentliche Professur an der Berner Hochschule besonderer Gründe wegen

Digitized by Google

aus. Erst als im Jahr 1869 ein eigener Lehrstuhl für römisches Recht kreirt wurde, — bisher hatte dieses Pensum der Professor für bernisches Staatsrecht u. s. w., Dr. Reinhold Schmid erfüllt, wenn Zuhörer sich fanden, — wurde seinem Wunsche Gewährung. Was er als Lehrer gewesen und wie sich auch hier seine Eigenart ausprägte, schildert einer seiner treusten Schüler mit folgenden Worten:

„Seine Lehrmethode war vielfach abweichend von dem gewohnten Schema des Professorenthums; ebenso wenig wie er jemals selbst ein Heft besaß oder ein System aufstellte, nach welchem er in konstanter Weise vorgetragen hätte, ebenso wenig verlangte er auch von seinen Schülern das in verba magistri jurare .... Seine Methode war, wenn man sich so ausdrücken darf, die induktive, d. h. er fing niemals mit der Definition irgend eines Rechtsinstitutes an und leitete aus der Definition die einzelnen Details her; das sei Lehrbuchmanier und gehör nicht auf's Katheder, pflegte er zu sagen; sondern er behandelte einzelne Fälle theils nach den Stellen des Corpus juris, theils nach eigener momentaner Eingebung, und dabei spielte seine silberne Tabaksdose, welche er in der Hand zu halten pflegte oder welche vor ihm auf dem Katheder lag, eine große Rolle. Diese Dose wurde verkauft, vertauscht, versetzt u. s. w., je nach Bedürfniß. Wenn er dann durch praktische Illustration einen Boden allgemeinen Verständnisses gegeben hatte, wurden die einzelnen Beziehungen und Eigenheiten eines Rechtsinstitutes abgehandelt und erst am Schlusse des Abschnitts kam man zu einer Definition, die sich dann als reife Frucht gewöhnlich von selbst ergab.

„So war er mit seiner Kasuistik, mit seinem scharfen Verstand und seinem freien Sinn für das æquum et bonum ein ächter Nachfolger der großen römischen Juristen ..... Die Pandekten waren ihm aber nicht ein abgeschlossenes System, das mit der durch Justinian veranstalteten Sammlung seinen Abschluß erreicht hätte, sondern ein immer fließender Born, aus dem sich die Prinzipien der Rechtswissenschaft stets fort und fort entwickelten. Als Ziel seiner Vorlesungen galt ihm, seinen Zu-

Digitized by Google

hörern eine Grundlage zu geben, vermöge deren es ihnen ein leichtes werden sollte, sich in das Verständniß jeder modernen Kodifikation hineinzuleben."*)

Auch sein persönliches Verhältniß zu den Studirenden war ein viel näheres, als dies gewöhnlich der Fall zu sein pflegt. Vogt scheute keine Mühe und kein Opfer an Zeit, um fleißigen Schülern näher zu treten und sie in ihrem Studiengang zu unterstützen. Freilich mußte man sich dabei an eine gewisse oft schroffe Derbheit im Umgang gewöhnen, unter der sich aber nach dem Zeugniß seiner Vertrauten eine Herzensgüte verbarg, die keine Grenzen kannte.

Die viele Berufsarbeit, welche Vogt als consultirender und vor Obergericht plädirender Advokat neben seinen Vorlesungen stetsfort zu besorgen hatte, ließ ihn nicht dazu kommen, zu einer größern wissenschaftlichen Arbeit auszuholen. Außer verschiedenen Rechtsgutachten sind von ihm im Drucke erschienen:

Verschiedene Aufsätze in dieser Zeitschrift:

Die Inhaberpapiere in ihrem Verhältniß zum bern. Recht, Band 2.

Exkurse über Vindikation und possessorische Streitigkeiten, Bd. 4 u. 5.

Erörterungen zum eidg. Obligationenrecht, Bd. 16 u. 18 (unvollendet).

Eingabe an die Justizdirektion betreffend Einführung des schweiz. Obligationenrechts im Kanton Bern, Bd. 17.

Selbstständig erschienen:

Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für den Kanton Bern, Buch I. Personen- und Familienrecht, Bern 1871.**)

Leitfaden zu Vorlesungen über neuere Hypothekarordnungen, Bern 1878.

Entwurf eines schweiz. Obligationenrechts, besprochen. Heft I., Einleitung und Art. 1—77, Bern 1877.

---

*) A. R. in der „Berner Post" vom 14. Mai 1883.

**) Hierüber siehe diese Zeitschrift Bd. VII., S. 62.

Digitized by Google

Zur Einbürgerung des schweiz. Obligationenrechtes, besonders im Kanton Bern, (Heft II. zum Vorigen) 1880.

Leichtfaßliche Anleitung zur Anwendung des schweiz. Obligationenrechts im alten Theile des Kantons Bern, Bern 1882.

Bemerkungen und Anträge betreffs Revision der bern. Civilgesetzgebung in Folge der neuern Bundesgesetze. Februar bis April 1882.

Desgleichen betreffs Revision des bern. Civil- und Betreibungsprozesses in Folge der neuern Bundesgesetze. April bis Mai 1882.

(Beide letztern zu Handen der bern. Direktion der Justiz und Polizei; nicht im Buchhandel.)

Endlich die Sammlung der Civil- und Civilprozeßgesetze des Kantons Bern, wovon die ersten Auflagen (Anfang der 50er Jahre) mit Niggeler, die letzten (7. 1882) von Vogt allein besorgt.

In seinen Schriften zeigt sich Vogt als ein in der alten und neuen Fachlitteratur bewanderter, seinen Stoff allseitig beherrschender Schriftsteller, der den Kern der Dinge herauszuschälen sucht und überall selbstständige Ansichten entwickelt. Er stellt an den Leser große Anforderungen und kann es oft nicht lassen, einen witzigen Einfall, ein poetisches Citat oder eine gewürzte Anekdote selbst da anzubringen, wo sie dem Gange der Deduktion nicht eben förderlich ist. Seine Darstellung ist wie sein ganzes Wesen, originell, eigenartig, alle Schablone und alles Schulmäßige verachtend. Seine Kritiken zum schweiz. Obligationenrecht wurden in letzter Stunde vielfach beachtet, obschon deren scharfe Form wohl mancherorts verletzt hatte. Aber auch in der sonstigen Litteratur, wie in der Kunst war Vogt außerordentlich bewandert und nie um ein Citat verlegen.

Die Vorarbeiten zur Einführung des Obligationenrechts beschäftigten Vogt seit dem Frühjahr 1881 in hohem Maße. Im Winter 1881 auf 1882 hielt er stark besuchte Vorträge im Saal des Standesrathhauses zu Bern, dann in den Osterferien auch in Biel und Burgdorf über das neue Gesetzbuch. Dazu kamen

Digitized by Google

seit dem Juli zahlreiche Kommissionssitzungen behufs Feststellung des kantonalen Einführungsgesetzes, an welche sich diejenigen für Revision des Civilprozesses unmittelbar anreihten.

Diesen übermäßigen Anstrengungen war die seit längerer Zeit angegriffene Gesundheit Vogt's nicht mehr gewachsen. Häufiger stellte sich das entnervende Asthma ein, das ihm oft Nächte lang den Schlaf raubte, und um Neujahr 1883 mußte er alle Arbeit einstellen. Am 28. April 1883 wurde er aus seinem bedauernswerthen Zustand, während dessen es ihm jedoch an Besuchen theilnehmender Freunde niemals gefehlt, durch einen plötzlichen sanften Tod erlöst. Am 1. Mai wurde unter großem Geleite und mit Entfaltung vollen akademischen Gepränges die Leiche auf dem Friedhof Bremgarten zur Erde bestattet. Er hinterließ als Wittwe Frau Betty, geb. v. Clais, mit der er 26 Jahre in glücklicher Ehe gelebt, und zwei Kinder, einen Sohn und eine Tochter. Zwei ältere Kinder hatte er in jungen Jahren dahinsterben sehen.

Alle die ihn näher kannten, sind einstimmig in dem Lobe der vortrefflichen Eigenschaften seines Charakters und Herzens. Wie sehr seine Schüler ihn schätzten, bewies unter Anderm die Widmung einer Schrift, mit der ihn Einer von ihnen, der seither zum Professor der Akademie von Neuchatel ernannte Dr. Mentha noch kurz vor seinem Tode erfreute, bewiesen die warmen Worte die ein Anderer derselben an seinem Grabe sprach. Wir schließen mit den Worten eines Dritten, des Verfassers des schon oben benutzten Nachrufs:

„Wir betrauern in dem Dahingeschiedenen den unvergeßlichen Lehrer, den väterlichen Freund und Berather, den Menschen von Herz und Charakter."

Ein schöneres Zeugniß kann kein Jurist, kein Professor in's Grab mitnehmen. Aber auch bei allen denjenigen, die in andern Lebensbeziehungen mit ihm zusammentrafen, lebt sein Andenken als das eines reichbegabten, stets nach Wahrheit strebenden, vielerfahrenen, durchaus unabhängigen Mannes.

Digitized by Google

Uebersicht der Rechtsprechung des Solothurner Obergerichtes im Jahre 1882.

(Erste Hälfte.)

Von Oberrichter Dr. Affolter.

1. Actio pauliana. Konkordate vom 15. Juni 1804 und 7. Juli 1810.

1. Die Herren M. u. D., Bijoutiers in Genf, schulden dem Hrn. V. in Solothurn laut Eigenwechsel vom 15. Februar 1880 Fr. 3955. —
und Wechselretourkosten „ 275. 55

Summa Fr. 4230. 55

Der Wechsel wurde an die Ordre des Hrn. C. F. G., Uhrenfabrikant in Biel, ausgestellt und von diesem an Hrn. V. hier indossirt. Er wurde am Verfalltage 31. Mai 1880 nicht honorirt, in Folge dessen protestirt und gelangte dann wieder an Hrn. V. zurück. Die Firma M. & D. gerieth, nachdem sie sich am 4. Juni 1880 aufgelöst hatte, in Falliment, und das Handelsgericht von Genf bestimmte laut Urtheil vom 25. November 1880 als Zeitpunkt der Insolvenz fraglicher Firma den 1. Juni 1880, nachdem laut Urtheil des gleichen Gerichtes vom 11. November 1880 das Falliment im Amtsblatt des Kantons Genf publizirt worden war. Als Sachwalter der Fallimentsmasse M. & D. wurde vom genannten Gerichte Hr. Ch. bezeichnet.

Unterm 8. Juni 1880 übergab Hr. M. Namens der Firma M. & D. dem Verantworter und Widerkläger Hrn. V. in Genf eine goldene astronomische Uhr und eine Aigrette mit Brillanten in Consignation. Kläger (Sachwalter Ch. in Genf) verlangt nun diese Gegenstände oder deren Werth zu Handen der Konkursmasse M. & D. heraus, während Verantworter in der Widerklage von der Konkursmasse M. & D. Bezahlung des protestirten Wechsels und Kosten im Betrage von Fr. 4230. 55, eventuell amtliche Versteigerung der in Consignation übergebenen Gegenstände verlangt. Aus dem Erlöse sollen dann vorweg fragliche Wechsel und Kosten bezahlt, eventuell der Rest der Konkursmasse M. & D. zurückgestellt werden. Widerbeklagter verweigerte die einläßliche Beantwortung der Widerklage. Beide Parteien haben für den

Digitized by Google

Werth benannter Gegenstände das Gutachten von Sachverständigen angetragen, und von diesen ist die Aigrette zu Fr. 650. —
die astronomische Uhr zu „ 1547. —

Summa Fr. 2197. —

geschätzt worden.

2. Zur rechtlichen Würdigung vorstehender faktischer Verhältnisse müssen die Bestimmungen der Konkordate vom 15. Juni 1804 und 7. Juli 1810, sowie diejenigen des genferischen Gesetzes sur les faillites et banqueroutes vom 19. Oktober 1811 zu Grunde gelegt werden.

In Artikel 1 und 2 des Konkordates vom 15. Juni 1804 und 8. Juli 1818 ist der Grundsatz aufgestellt, daß für die Kollokation sowohl verpfändeter als laufender Schulden in der privilegirten und allgemeinen Klasse das gleiche Recht und zwar dasjenige des Kantons, wo das Falliment ausbricht, maßgebend sei.

Im Konkordat vom 7. Juli 1810 ist bestimmt, daß Effekten welche in einem andern Kantone, als demjenigen, dem der Fallit angehört, gelegen sind, unbeschadet der darauf haftenden Rechte und Ansprüche des Inhabers, zur Hauptmasse gezogen werden sollen und daß bezüglich allfälliger Streitigkeiten über Eigenthum, Hypotheken oder Pfandrechten an denselben das forum rei sitæ maßgebend sei.

Unzweifelhaft ist, daß die Pfanddargabe sowohl als der Ausbruch des Fallimentes über M. & D. im Kanton Genf stattgefunden haben und deßhalb bezüglich der Kollokation der Fallimentsschulden, sowie — was übrigens schon nach allgemein rechtlichen Grundsätzen stattfindet — bezüglich der Handlungen der Falliten das genferische Gesetz maßgebend ist. Das alleg. genferische Gesetz bestimmt in Art. 441, daß das Urtheil des Handelsgerichtes den Ausbruch des Fallimentes sowohl, als den Tag der Insolvenz feststelle. Im vorliegenden Falle ist vom Handelsgericht d. d. 11. und 25. November 1880 als Tag der Insolvenz festgestellt worden, welches Urtheil durch das Amtsblatt des Kantons Genf publizirt worden und in Rechtskraft erwachsen ist.

In Art. 446 des gleichen Gesetzes wird als null und nichtig erklärt jede Zahlung einer verfallenen Schuld, anders bewirkt, als in Baar oder durch Werthpapiere, sowie jede Hypothek, jedes aus der Habe des fallit Erklärten konstituirte Pfandrecht für vorher kontrahirte Schulden, wenn dieselben nach dem durch das Handelsgericht festgestellten Tage der Insolvenz oder 10 Tage vorher geschehen.

Digitized by Google

3. Durch vorliegende Prozeßlage ist außer Zweifel gestellt, daß:

a) die Falliten M. & D. an Hrn. B. laut Eigenwechsel vom 15. Februar 1880, fällig auf 31. März 1880, die Summe von Fr. 4230. 55 schuldeten;

b) daß nach Verfall dieses Wechsels die Uebergabe der fraglichen Gegenstände erst den 8. Juni 1880 in Genf und zwar mit Rücksicht auf die sub a) genannte Schuld als Deckung stattgefunden hat.

Es ist deßhalb diese Handlung als null und nichtig zu betrachten und deßhalb die Klage, soweit sie die Herausgabe der Gegenstände in Natura betrifft, gerechtfertigt; damit zerfällt auch die Widerklage und die bezügliche Einrede.

Entscheid vom 25. Januar.

2. Simulation. Bedeutung in strafrechtlicher Hinsicht.

Mit Vertrag vom 9. Mai 1880 verkaufte J. an B. ein Klavier um Fr. 275 mit Vorbehalt, daß dasselbe erst in das Eigenthum des Käufers übergehen solle, wenn der Kaufpreis vollständig bezahlt sei. Der Käufer bezahlte Fr. 15 sofort baar, für das Uebrige stellte er eine Handschrift per Fr. 260 mit dem erwähnten Vorbehalt aus. Im Monat August 1880 verpfändete B. das Klavier dem L. für eine Schuld von Fr. 140. Am 28. Februar 1881 fiel B. in den Geldstag, ohne daß der Verkäufer befriedigt worden war. In Folge dessen erhob J. Strafklage gegen B. wegen Unterschlagung.

Das Obergericht sprach den Angeklagten frei, indem es annahm, das Eigenthum an dem Klavier sei mit Kauf vom 9. Mai 1880 an den Beklagten übergegangen; der Vorbehalt des Eigenthums habe nur bezweckt, für den Rest der Forderung ein Pfandrecht an dem verkauften Klavier zu sichern, was nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht zulässig sei. Seine eigene Sache könne aber Niemand unterschlagen, weßhalb B. freizusprechen sei.

Urtheil vom 10. Februar 1882.

3. In der Prioritätsverhandlung vor Obergericht können keine neuen Begehren gestellt werden.

In der Prioritätsverhandlung über den Geldstag des S. wurde von einem Gläubiger ein Begehren gestellt, welches vor Amtsgericht nicht erhoben worden war. Das Obergericht trat in

Digitized by Google

die Behandlung nicht ein in der Erwägung: „daß dieses Begehren ein neues, selbstständiges ist, das vor erster Instanz gar nicht gestellt worden und deßhalb in zweiter Instanz nicht mehr gestellt werden kann, indem nach § 1651 C.-G.-B. nur die Verfügungen des Amtsgerichtes, sofern dieselben appellabel sind (§ 181 u. 182 C.-P.-O.), vor Obergericht gezogen werden können."

Urtheil vom 10. Februar 1882.

4. Die Art der Theilung bei eintretender Gütertrennung durch gerichtliches Urtheil ist den Parteien (Ehegatten) vollständig überlassen; der Amtschreiber hat weder das Recht noch die Pflicht, ex officio einzuschreiten.

Auf Begehren der Ehefrau hat das Amtsgericht D.-T. unterm 29. Oktober 1881 zwischen den Eheleuten K. die Gütertrennung ausgesprochen. Der Amtschreiber will die Vermögensobjekte nicht nach dem Willen der Parteien theilen, wogegen sich die Ehefrau K. beim Obergerichte beschwert. Der Amtschreiber begründet sein Vorgehen folgendermaßen: Die Schuldenmasse der Eheleute K. übersteigt die Habschaft um ca. 3000 Fr. In die Ehe gebracht haben der Ehemann Keßler ca. Fr. 20,000. —
die Ehefrau ca. „ 3,000. —

Da nun Letztere den größern Theil der Liegenschaften und der Erstere den kleinern übernehmen will, so würden bei dem voraussichtlich ausbrechenden Geldstage des Ehemannes die Kreditoren in ihrem Nachschlagsrechte verkürzt. Er sei deßhalb der Ansicht, die Gütertrennung müsse nach § 229 des C.-G.-B. vorgenommen werden.

Das Obergericht entschied: „Es handelt sich im vorliegenden Falle über Art und Weise einer in Folge gerichtlich ausgesprochenen Gütertrennung stattfindenden Vermögenstheilung der Ehegatten. Die Form hiefür ist in erster Linie der Vertrag. Die Form der Uebereinkunft zwischen den Parteien ist nach § 235 des C.-G.-B. auch in erster Linie für die Vermögenstheilung bei Gütertrennungen vorgesehen, und nur, wenn sich die Parteien über die Theilung des auszuscheidenden Vermögens nicht verständigen können, treten die Vorschriften über Theilung und Güterausscheidung in Folge Todesfalls eines Ehegatten in Kraft. Der Amtschreiber opponirt der zwischen den Parteien vereinbarten Theilung der Güter, weil er darin eine geplante Benachtheiligung der Kreditoren des Ehemannes für den Fall seines, dem Amtschreiber gewiß oder wahrscheinlich scheinenden Geldstags zu sehen

Digitized by Google

glaubt. So löblich die Absicht des betreffenden Beamten sein mag, so wenig ist eine solche Präventivmaßregel gegen mögliche Delikte rechtlich zulässig, wenn hiedurch Bestimmungen des Civilrechts verletzt würden. Es ist dann aber auch Sache der handelnden Parteien, allfällige strafrechtliche Folgen ihres Vorgehens zu tragen."

Entscheid vom 22. Februar.

5. Ein ergangenes Urtheil des Obergerichtes ist für dasselbe notorische Thatsache. — Die Aufhebung der Bevogtung wirkt vom Urtheile, nicht erst von der Publikation im Amtsblatte an.

J. fordert von D. laut Bürgschaftsakt vom 22. April 1880 Fr. 566. D. erhebt die Einwendung, er sei bei Eingehung der Bürgschaft noch bevogtet gewesen. Das Obergericht wies den Verantworter mit seiner Einwendung ab „weil es gerichtsnotorisch sei, wenn es auch in den Akten nicht hervorgehoben worden, daß die über Verantworter unterm 16. März 1877 verhängte Bevogtung unterm 16. April 1880, also vor Eingehung der fraglichen Bürgschaft vom Obergericht des Kantons Solothurn aufgehoben worden ist. Verantworter war also am 22. April 1880 wieder eigenen Rechtes und zur Eingehung der Bürgschaft befugt. Daß die Aufhebung der Bevogtung erst den 22. Juni 1880 im Amtsblatte publizirt wurde, ist hierorts ohne Bedeutung, da das alleg. Urtheil des Obergerichtes sofort nachdem es erlassen war, in Rechtskraft erwachsen ist und das Gesetz keine Bestimmung enthält, daß jene von der Publikation im Amtsblatte abhängig sei."

Entscheid vom 8. März.

6. Das Recht der „Rad- und Pflugwende" ist als ein beschränktes Durchfahrtsrecht anzusehen und kann deßhalb durch dreißigjährigen Besitz erworben werden. (§ 774.)

Entscheid vom 26. April.

7. Wird eine Erbschaft von einem Erben sub beneficio inventarii, von dem andern unbedingt übernommen, so haftet ersterer für spätern Schaden (§ 507), falls eine

Digitized by Google

Theilung stattgefunden hat, nur bis zum Betrage seines Theiles.

Entscheid vom 29. April.

3. Die Versicherung des Frauengutes durch Pfanddargabe benimmt der Forderung der Ehefrau im Geltstage des Ehemannes den privilegirten Rang (V. Klasse) nicht.

Laut Gütertrennungsakt vom 22. März 1880 wurden der Frau S. für ihr Einbringgut per Fr. 9357 und daherige Forderung Unterpfandsrecht auf Nr. 1606 Hyp.-Buch Derendingen gegeben. In dem bald darauf erfolgten Geldstage des Mannes wurde aus dem Unterpfande nicht so viel gelöst, um die Forderung der Ehefrau zu decken; der Amtschreiber kollozirte die Ansprache in die VI. Klasse (Handschriftsrechte). Dagegen erhob Frau S. Einsprache bei der Prioritätsverhandlung vor Obergericht. Dasselbe entschied: „Nach § 1643. Ziff. 2 hat die Frau, wenn zwischen den Ehegatten eine Gütertrennung stattgefunden hat, innert 10 Jahren vom Tage der Trennung an, ihr Zubringen in der fünften Klasse zu fordern. Daß die Ehefrau in vorliegendem Falle für ihr Einbringgut von ihrem Ehemanne Hypothek erhalten hatte, ändert den Charakter ihrer Forderung nicht und ist somit dieselbe mit Fr. 9796 in der V. Klasse zu kolloziren."

Entscheid vom 29. April.

9. Constitutum possessorium als in fraudem legis abgeschlossen betrachtet.

Der nachstehende Fall ist eine Illustration der konstanten Praxis des Obergerichtes, welche jede Maßregel bei Eigenthumsübertragungen, die zum Zwecke der Sicherung bestehender Forderungen geschieht (wie bedingte Tradition, vgl. Nr. 2 und constitutum poss.), als Simulation, d. h. als nichtig zu erklären. Diese vollständig gesunde Praxis, welche durch das Inkrafttreten des neuen O.-R. schwerlich geändert werden dürfte, steht im wohlthuenden Gegensatze zu einigen von O. Bähr (Urtheile des Reichsgerichtes, München 1883) mitgetheilten Erkenntnissen und solchen des bernischen Appellhofes, vgl. Zeitschrift XVII., Seite 102, Mot. 5 und 6, XIII 353. Dagegen Seuffert's Archiv 36, Nr. 99 ff.

Laut Handschrift vom 5. März 1874 schuldeten E. W. P. und seine Ehefrau A. geb. M. dem Hrn. C. in Chaux-de-fonds

Digitized by Google

Fr. 11,000 zinsbar à 5 % und rückzahlbar den 15. März 1878 Den 2. April 1878 schlossen Gläubiger und Schuldner einen Kauf ab, wodurch der Schuldner das Eigenthum an seiner Fahrhabe, laut einem detaillirten Verzeichnisse geschätzt zu Fr. 11,500, dem C. abtrat. Die Schuld mit Zins sollte dadurch compensirt sein. Die Parteien kamen sodann überein, daß die verkauften Gegenstände dem Verkäufer leihweise zur Benützung überlassen bleiben sollen. Die Miethe solle 3 Jahre dauern und der Verkäufer während dieser Zeit berechtigt sein, die fraglichen Gegenstände insgesammt oder einzeln zum Schatzungspreise zurückzukaufen. Der Miether sollte 5 % der Schatzungssumme als Miethzins bezahlen. C. gab jedoch dem Verkäufer die Handschrift nicht heraus, sondern behielt sie laut Art. 4 des bezüglichen Kauf- und Miethvertrages zurück, bis zum vollständigen Rückkauf der verkauften Gegenstände.

Den 16. Dezember 1880 wurde über den Verkäufer E. W. P. der Geldstag verpflogen und C. verlangte nun mit Civilklage die angeführten Gegenstände als Eigenthum heraus. Das Obergericht wies dieses Begehren ab: „Es geht aus folgenden Umständen hervor daß fraglicher Kauf ein Scheingeschäft war: Es waren Gegenstände in dem Verzeichnisse aufgenommen, welche der Familie W. P. unentbehrlich waren. Die Kaufsumme ist gleich groß wie die Kapitalschuld nebst einem Jahreszins = Fr. 11,550. Der Miethzins betrug 5 % = dem Zins der bestehenden Schuld. Es war das Rückkaufsrecht vorbehalten worden. Obschon der Verkäufer für die Kaufsummen quittirte, wurde ihm dennoch die Handschrift vom 15. März 1874 nicht herausgegeben. — Aus allen diesen Umständen muß geschlossen werden, daß der fragliche Kaufvertrag, wie er unterm 2. April 1878 geschlossen wurde, ein Scheinvertrag war. Nach § 1041 gilt hiebei das, was die Parteien beabsichtigt haben. In der Absicht der Parteien lag es offenbar nicht, daß das Eigenthum an den fraglichen Gegenständen an den Kläger übergehen sollte, deßhalb kann sie dieser auch nicht ansprechen."

Entscheid vom 10. Mai.

10. Die gleiche Forderung kann zum zweiten Male auf dem summarischen Wege geltend gemacht werden.

Entscheid vom 15. Juni.

Digitized by Google

Entscheidungen des Regierungsrathes des Kantons Bern.

1. Tauschvertrag mit Pfandrechtsvorbehalt zu Gunsten eines Dritten. — Auslegung der Satzungen 993 und 995 C.

Beschwerdesache gegen die Amtsschreiberei Oberhasle.

23. August 1882.

Simon von Weißenfluh, auf Wyler zu Innertkirchen, und Johann Tännler in der Reuti, Gemeinde Hasleberg, haben bei uns gegen den Amtschreiber von Oberhasle in folgender Sache Beschwerde geführt:

Am 5. April 1882 schlossen die Beschwerdeführer unter sich einen Tauschvertrag um Liegenschaften in den Gemeinden Innertkirchen und Hasleberg ab und erstatteten darüber das Handgelübde an Hrn. Amtsnotar Thomann in Meiringen. Laut diesem Tauschvertrag hat Simon von Weißenfluh an Johann Tännler eine Nachtauschrestanz von Fr. 419. 95 zu fordern, aber dafür das Unterpfandsrecht nicht vorbehalten; dagegen behielt er für einen Ueberbund von Kapital Fr. 1000, welches bisher nicht Pfandrecht hatte, ein solches auf den dem Tännler überlassenen Immobilien vor. Der bezügliche Forderungstitel des Ueberbundsgläubigers wurde im Tauschvertrag mit Namen und Datum deutlich angegeben. Der Vertrag wurde vom stipulirenden Amtsnotar in zwei Doppeln ausgefertigt und im Concept eines jeden Doppels bestimmt, welches derselben dem einten und welches dem andern Contrahenten gehören solle und zwar wörtlich so: In dem einten Doppel steht: „dieß ist das Doppel für Simon von Weißenfluh" und in dem andern: „dieses ist das Doppel für Johann Tännler". Beide Doppel sammt den Erwerbungstiteln und der erforderlichen Staatsgebühr wurden dem Amtsschreiber von Oberhasle zugestellt zum Zwecke der Nachschlagung, Fertigung und Einschreibung in die Grundbücher. Der Amtschreiber verweigerte jedoch die Nachschlagung mit wörtlich folgender Motivirung: „Der Unterzeichnete verlangt, daß in den beiden Doppeln des fraglichen Tauschvertrages verbalisirt werde, ob dem Gläubiger des unterpfändlich versicherten Ueberbundspostens eines der beiden Vertragsdoppel als

Digitized by Google

Titel für sein erworbenes Pfandrecht dienen solle, und wenn ja, welches, oder ob demselben gemäß Satz. 995 ein Auszug ausgefertigt werde — und es wird dieß aus dem höchst einfachen Grunde verlangt, damit aus dem Grundbuch ersichtlich sei, in welchen Akten s. Z. die Eintragung der Löschung, resp. des Erlöschungsgrundes des Pfandrechts, zu geschehen habe."

Die Beschwerdeführer halten die Ansicht des Amtsschreibers für unrichtig und dessen Weigerung für unbegründet und rechtswidrig. Sie haben deßhalb in ihrer Beschwerdeschrift vom 17. Juni 1882 das Begehren gestellt:

1. Es sei der Amtsschreiber zu verurtheilen, dem fraglichen Tauschvertrage die Nachschlagung zu ertheilen, ihn zur Fertigung zu bringen und in's Grundbuch einzuschreiben.

2. Derselbe sei auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu verurtheilen.

Der Amtsschreiber von Oberhasle hat in seiner Antwort vom 25. Juli 1882 im Wesentlichen folgendes angebracht:

Nach den deutlichen Vorschriften der Satzungen 484 Ziff. 2 und 486 müsse jeder Vertrag, durch welchen ein vorbehaltenes Pfandrecht begründet werde, gefertigt und in's Grundbuch eingeschrieben werden. Bei einer Obligation oder einem Schuldbillet sei weder das eine noch das andere der Fall und es könne folgerichtig mit einem solchen Schriftstück ein Pfandrecht nicht bewiesen und noch viel weniger geltend gemacht werden, sondern es bedürfe hiezu desjenigen Aktes, durch welchen das Pfandrecht begründet worden, oder dann eines Auszuges aus demselben. Wenn demnach eine bisher nicht grundpfändlich versicherte Forderung durch Ueberbund Pfandrecht erhalte, so werde dadurch nicht etwa der bisherige Forderungstitel zu einem Pfandtitel gestempelt, sondern derselbe bleibe nach wie vor der Titel für das persönliche Forderungsrecht, während dem erworbenen Pfandrecht der betreffende Handänderungsvertrag oder ein Auszug als Titel zu dienen habe. In engem Zusammenhange hiemit stehe die weitere Frage, in welchen Titel diejenigen Verhandlungen einzutragen seien, welche nun das Pfandrecht betreffen.

Nachgangserklärungen, Verzichtleistungen, Pfandentlassungen seien offenbar in den Pfandtitel einzutragen, wenn dieselben im Grundbuch angemerkt, rechtsgültig und Dritten gegenüber wirksam sein sollen. — Schon die Satzung 497 C verpflichte den Amtsschreiber, jede Löschung in den Pfandbrief einzutragen, ebenso schreibe § 1, al. 2 des Gesetzes vom 3. April 1861 vor, daß der Pfandtitel zur Vornahme der Löschung einzusenden sei.

Digitized by Google

Werde nun, wie im vorliegenden Fall, ein Handänderungsvertrag, durch welchen ein Pfandrecht zu Gunsten eines Dritten begründet werden solle, in zwei oder mehrern gleichlautenden Doppeln ausgefertigt, so wisse Niemand, welches Vertragsdoppel als Pfandtitel gelten solle, bezw. in welchem Doppel alle das Pfandrecht betreffenden Vorgänge verbalisirt werden müssen, es könnte dieß bald in diesem, bald in jenem Doppel geschehen, weil jedes Doppel als Beweismittel für das Ueberbundspfandrecht angerufen werden könne. Um solche Uebelstände möglichst zu vermeiden, sollen alle Verträge über Grundeigenthum, auf welchem ein Pfandrecht begründet werden solle, durch einen Amtsnotar verschrieben werden und zwar solle laut Kreisschreiben des Justizraths vom 16. Sept. 1828 die Verschreibung über Rechte dritter Personen mit möglichster Genauigkeit und Bestimmtheit und namentlich so ausgeführt werden, daß die Pfandgläubiger nicht von ihrem Recht verdrängt werden können. Aus diesem Grunde habe er eine Ergänzung des vorliegenden Tauschvertrages in dem Sinn verlangt, daß sowohl aus dem Vertrage selbst, wie auch aus dem Grundbuche ersichtlich sei, welcher Akt dem Ueberbundspfandrecht als Titel dienen solle. Werde alsdann das Pfandrecht ausgeschlagen oder auf die in der Satzung 993 C. bestimmte Weise angenommen, in welch' letzterm Falle ein Auszug als Forderungstitel auszufertigen sei, so falle allerdings die verlangte Ergänzung als bedeutungslos dahin, werde dagegen das Pfandrecht nicht ausgeschlagen, bezw. angenommen, so sei leicht ersichtlich, welches Aktenstück demselben als Titel zu dienen habe. Wenn die beiden Vertragsdoppel nur zum Rechtsbehelf der Parteien dienen sollen, so müßte dem Ueberbundsgläubiger ein Auszug als Pfandtitel ausgefertigt werden; sollte dagegen kein Auszug gemacht werden, so müßte ein Vertragsdoppel als Pfandtitel dienen; — sowohl das Eine wie das Andere müsse zur Orientirung und Vermeidung von Irrthum im Vertrage verbalisirt werden.

Der Amtsschreiber von Oberhasle hat am Schlusse seiner Antwort den Antrag gestellt:

1. Es sei die Beschwerde des Simon von Weißenfluh und Mithafte als unbegründet abzuweisen.

2. Die Beschwerdeführer seien anzuweisen, die verlangte Ergänzung in dem zwischen ihnen abgeschlossenen Tauschvertrag durch den Stipulator nachtragen zu lassen.

3. Es seien dieselben zur Bezahlung sämmtlicher durch die Beschwerdeführung verursachten Kosten zu verurtheilen.

Nach dem darüber angehörten Vortrage der Justizdirektion haben wir folgendes in Erwägung gezogen:

Digitized by Google

Der Amtsschreiber von Oberhasle weigert sich, die beiden Doppel-Tauschbriefe zur Nachschlagung anzunehmen, bevor in denselben verbalisirt worden, ob dem Gläubiger des unterpfändlich versicherten Ueberbundspostens eines der Vertragsdoppel als Titel für sein erworbenes Pfandrecht dienen solle und wenn ja, welches, oder ob ihm gemäß Satzung 995 C. ein Auszug ausgefertigt werde.

Was nun vorerst den im Schlußsatz vorgesehenen Fall anbetrifft, so haben die Contrahenten nicht darüber zu disponiren, sondern das Recht, einen solchen Auszug zu verlangen erwächst dem Gläubiger, welcher die Anweisung auf die in der Satzung 993 C. bestimmte Weise angenommen hat, aus Satzung 995 C. durchaus selbstständig.

Sodann ergiebt sich aus dem Schlußverbal der Instrumente in unzweideutiger Weise, welches derselben als Pfandtitel zu dienen hat: es kann dieß nämlich nur dasjenige sein, welches als Doppel des Simon von Weißenfluh bezeichnet wurde, und der Amtsschreiber, der gestützt auf allfällige, im Doppel des Johann Tännler enthaltene Erklärungen irgend eine auf das Pfandrecht zu Gunsten des Ueberbundsgläubigers bezügliche Einschreibung im Grundbuche vornehmen würde, müßte der gröbsten Nachläßigkeit geziehen werden.

Der Titel zum Pfandrecht besteht in casu in der Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers der Pfandsache — im Pfandrechtsvorbehalt. Diese Willenserklärung wird beurkundet durch dasjenige Doppel des Tauschinstrumentes, welches als dem den Pfandvorbehalt machenden Tauschkontrahenten angehörend bezeichnet wird; jede weitere Urkunde, welche über den Tauschvertrag ausgefertigt worden, kann daher nicht diesem Pfandrecht, sondern nur einem anderweitigen rechtlichen Interesse, wie hier speziell dem Eigenthumsausweise, dienen. Wie es daher möglich sein sollte, daß der Amtsschreiber auf Erklärungen, welche sich in dem Eigenthumstitel eingetragen befinden, Rücksicht nehmen würde, um grundbuchliche Veränderungen an dem Pfandrecht vorzunehmen, ist nicht einzusehen.

Digitized by Google

2. Zum Besteuerungsrecht der Gemeinden im Falle des Wohnsitzwechsels des Steuerpflichtigen.

Vgl. Zeitschrift IV. 398 ff.

a) Erstinstanzlicher Entscheid des Regierungsstatthalteramts Thun.

I.

Durch Klage vom 14. November 1882 bringt die Steuerkommission der Gemeinde Bern an: Im März 1881 sei der Frau v. T., die bis dahin ihr Vermögen, soweit dasselbe nicht aus anderwärts liegenden Immobilien bestund, sowie ihr Einkommen, in der Gemeinde Bern versteuert habe, — wiederum ein Schatzungsformular zugesandt worden, um sich in Betreff ihres steuerpflichtigen Einkommens selbst einzuschätzen. Frau v. T. habe jedoch am 24. des genannten Monats das Formular zurückgesandt mit der Erklärung „sie bezahle pro 1881 ihre Steuern in Amsoldingen, weil sie den größern Theil des Jahres daselbst zubringe und sei demnach auf dem Steuerregister von Bern zu streichen.

Die Erklärung sei von Bern datirt und von Frau v. T. eigenhändig unterzeichnet, weßhalb die Gemeindesteuerkommission von derselben Umgang genommen und Frau v. T. für Fr. 46,900 Einkommen eingeschätzt habe. Gegen diese Einschätzung sei jedoch von Frau v. T. Einspruch erhoben worden, weil sie ihre sämmtlichen Steuern pro 1881 in A. bezahlen werde und dort ein Verzeichniß ihres steuerpflichtigen Vermögens eingereicht habe. Frau v. T. habe diesen Protest am 15. September 1881 wiederholt, als ihr mitgetheilt worden, daß ihr blos teilpflichtiges Einkommen von der Steuerkommission B. auf Fr. 500 geschätzt worden sei.

Nachdem diese Proteste an den Regierungsrath gelangt, sei von der Gemeindeschreiberei A. berichtet worden, Frau v. T. habe am 29. Mai 1881 ihre Schriften in A. deponirt und sei einige Tage vorher dahin gezogen. Hierauf gestützt habe der Regierungsrath unterm 21. Dezember 1881 erkannt, die Schätzung des Einkommens der Frau v. T. sei in der Gemeinde B. zu streichen.

Auf die Mittheilung dieses Entscheides habe die Steuerkommission von B. den Regierungsrath ersucht, er möchte die Angelegenheit in Wiedererwägung ziehen, den Rekurs von Frau v. T. abweisen und wenigstens pro 1881 das Steuerdomizil in der Gemeinde B. anerkennen. Am 3. Juni 1881 habe der Re-

Digitized by Google

gierungsrath dann verfügt, es sei in das Gesuch der Steuerkommission B. nicht einzutreten. „Damit soll jedoch die Frage, welche der beiden Gemeinden, B. oder A., berechtigt sei, für das Jahr 1881 vom Einkommen der Frau v. T. Gemeindesteuer zu beziehen, nicht präjudizirt sein, da es ganz von den Umständen abhänge, ob für den Bezug derselben das Staatssteuerregister von 1881 oder dasjenige von 1880 Regel mache." Zur Zeit als das Kapitalsteuerregister pro 1881 in B. aufgenommen worden, möge Frau v. T. sich allerdings bereits in A. aufgehalten haben. Allein es sei jenes nur ein Theil der ganzen Operation der Steuerrevision und da beim Beginn derselben Frau v. T. noch in B. gewohnt, so sei damit ihr Steuerdomizil auch für die Kapitalsteuer und Telle fixirt. Es sei Frau v. T. zu verurtheilen, die Gemeindetelle pro 1881 an die Gemeinde B. zu bezahlen unter Abtrag der Kosten.

Diese Klage ist an das Regierungsstatthalteramt B. gerichtet, wurde aber von dieser Amtsstelle an das Regierungsstatthalteramt Th. gewiesen, weil zur Zeit der Anbringen derselben Frau v. T. in Wirklichkeit nicht in B., sondern in A. wohnte.

II.

Die Klage wurde zuerst dem Gemeinderath von A. zur Kenntnißnahme und Berichterstattung übermacht. Derselbe macht geltend, sowohl die Gemeinde B. als diejenige von A. haben das Staatssteuerregister pro 1881 als Grundlage für die Gemeindstelle pro 1881 angenommen und Frau v. T. habe schon im Zeitpunkt der Revision der Staatssteuerregister und vor Beendigung derselben und einige Wochen vor der Revision der Gemeindesteuerregister von B. den Wohnsitz in B. aufgehoben und das Domizil in A. genommen.

In A. sei die Gemeindetelle am 6. Juli erkannt worden und nach seiner Ansicht mache für die Steuerpflicht nicht der Zeitpunkt Regel, wo die Steuerrevision beginne, sondern derjenige, wo die Steuerregister in Kraft erwachsen. Frau v. T. habe die Staats- und Gemeindesteuer pro 1881 in A. bezahlt.

Die Antwort schließt mit dem Rechtsbegehren, es sei die Gemeinde B. mit ihrer Klage abzuweisen unter Kostenfolge.

III.

Frau v. T. bezieht sich zunächst auf die Antwort des Gemeinderathes von A. und schließt sich derselben an und behauptet im Weitern, sie sei im Jahr 1881 mehr als 2 Monate länger in A. als in B. gewohnt.

Digitized by Google

IV.

In ihrer Replik bringt die Steuerkommission von B. in thatsächlicher Beziehung nur noch an, die Gemeinde B. habe schon im Dezember 1880 für das Jahr 1881 das Budget festgestellt und dabei der Berechnung der nöthigen Telle das Ergebniß des Steuerregisters pro 1880 zu Grunde gelegt. Im Fernern enthält diese Vorkehr Rechtserörterungen darüber, ob der Zeitpunkt der Annahme des Budgets oder derjenige der Auflage oder endlich derjenige des Inkrafttretens des Steuerregisters entscheidend sei.

Der abgehaltene Sühneversuch blieb fruchtlos.

In Erwägung:

1. Daß die Gemeindesteuern auf Grundlage der Staatssteuerregister erhoben werden, insofern nicht Abweichungen und Ausnahmen ausdrücklich vorbehalten sind, Gesetz über das Steuerwesen in den Gemeinden vom 2. Sept. 1867, § 4.

Daß im vorliegendem Falle keine der in diesem Gesetz vorbehaltenen Abweichungen und Ausnahmen geltend gemacht worden sind, oder überhaupt zutreffen.

2. Daß durch den endgültigen Entscheid Frau v. T. für das Jahr 1881 auf das Staatssteuerregister von A. aufgenommen und auf demjenigen von Bern gestrichen wurde.

3. Daß unbestrittener Maßen sowohl die Gemeinde B. als diejenige von A. die Gemeindesteuer pro 1881 auf der Grundlage der Staatssteuerregister desselben Jahres bezogen haben und Frau v. T. ihre Staats- und Gemeindesteuer pro 1881 in A. auch bereits bezahlt hat.

In Anwendung der angeführten Gesetzesstellen und des Gesetzes über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 20. März 1854

erkannt:

Die Gemeinde B. ist mit ihrem Rechtsbegehren abgewiesen. Dieselbe hat an Kosten zu bezahlen:

a) Zu Handen des Staates, incl. Stempelvisa und Verrichtungsgebühren Fr. 12. 20

b) An die Gemeinde A. „ 27. —

Summa Fr. 39. 20

b) Oberinstanzlicher Entscheid in der gleichen Sache.

Sie haben uns die Akten über einen Steuerstreit zwischen der Gemeinde B., als Klägerin und Rekurrentin, und Frau Wittwe Louise Charlotte von T. geb. v. E. in A., als Beklagte, zum ober-

Digitized by Google

instanzlichen Entscheide übermittelt. Diesen Akten haben wir folgenden Thatbestand entnommen:

Im März 1881 wurde Beklagter Seitens der Klägerin das übliche Selbstschätzungsformular zur Eintragung ihres pro 1881 steuerpflichtigen Einkommens zugestellt. Sie schickte dieses Formular jedoch an die Steuerbehörde zurück mit der Erklärung, daß sie für das Jahr 1881 ihre Steuern in A. bezahlen werde, weil sie den größern Theil des Jahres dort wohne und ihren eigentlichen Aufenthalt dort zu nehmen beabsichtige. Die Steuerkommission von B. berücksichtigte diese Erklärung indeß nicht, sondern schritt ihrerseits zur Einschätzung der Frau v. T. und gab ihr alsdann von diesem Vorgehen, sowie von der Höhe der Einschätzung Kenntniß. Frau v. T. erhob hiegegen Einspruch, und dieses führte zu einem Konflikte, der am 21. Dezember 1881 durch eine Verfügung von unserer Seite dahin entschieden wurde, daß Frau v. T. für das Jahr 1881 auf das Staatssteuerregister von A. aufzutragen sei. Durch Eingabe vom 20. Januar 1882 stellte die Steuerkommission von B. an uns das Begehren, wir möchten auf jenen Entscheid vom 21. Dezember 1881 zurückkommen, den Rekurs von Frau v. T. abweisen und wenigstens für das Jahr 1881 das Steuerdomizil derselben in der Gemeinde B. anerkennen.

Dieses Gesuch wiesen wir am 3. Juni 1882 mit der Erläuterung ab, daß mit dieser Ablehnung der Frage, welche der beiden Gemeinden, B. oder A., berechtigt sei, für das Jahr 1881 vom Einkommen der Frau v. T. die Gemeindesteuer zu beziehen, nicht präjudizirt sein solle, da es von den Umständen abhänge, ob für den Bezug derselben das Staatssteuerregister von 1881 oder dasjenige von 1880 Regel mache.

Frau v. T. geb. v. E. zahlte in A. aber nicht nur die Staatssteuer, sondern auch die Gemeindesteuer für das Jahr 1881 und weigerte die Bezahlung der letztern in B. Dieses gab nun der Gemeinde B. Veranlassung, unter dem 14. November 1882 mit einer Beschwerde vor Sie zu gelangeu und unter Berufung auf unsere obenangeführte Eröffnung vom 3. Juni 1882 das Rechtsbegehren zu stellen: Es sei Frau v. T. zu vernrtheilen, die Gemeindetelle pro 1881 an die Gemeinde B. zu bezahlen, unter Abtrag der Kosten.

Sie theilten diese Klage nicht nur der Frau v. T., sondern auch der Gemeinde A. mit und gaben Beiden Gelegenheit, ihre Vertheidigungsgründe geltend zu machen. Nachdem diese ihre Antwortschriften auf die Klage eingereicht hatten und Seitens der Gemeinde B. auch noch eine Replik eingelangt war, luden Sie die Parteien zur mündlichen Verhandlung auf 29. Januar d. J.

Digitized by Google

vor ihre Audienz. In dieser Verhandlung wurde konstatirt, daß sowohl die Gemeinde A. als diejenige von B. ihre Gemeindesteuern für das Jahr 1881 auf Grundlage des Staatssteuerregisters von diesem Jahre bezogen hat. Sie haben dann durch ihren erstinstanzlichen Entscheid von demselben Tag die Gemeinde B. unter Auflage der Kosten mit ihrer Beschwerde abgewiesen.

Diese hat hiegegen den Rekurs erklärt, jedoch keine Rekursschrift zu den Akten gelegt. In ihren zwei Beschwerdeeingaben hatte sie jedoch vor dem erstinstanzlichen Richter folgende Gründe für ihr Rechtsbegehren geltend gemacht:

Der vor einigen Jahren verstorbene Herr v. T. allié v. E. und seine nunmehrige Wittwe Frau Louise Charlotte v. T. geb. v. E., welche seit Menschengedenken an ihrem Bürgerorte B. wohnhaft gewesen und sich nur während des Sommers auf ihrem Gute in A. aufgehalten, habe ihr Vermögen, soweit dasselbe nicht aus anderwärts liegenden Immobilien bestanden, sowie ihr Einkommen bis zum Jahr 1880 stets in der Gemeinde B. versteuert. Auch die Erklärung, welche Frau Wittwe v. T. im März 1881 der Steuerkommission habe zugehen lassen und durch welche sie die Steuerpflicht in B. abgelehnt habe, weil sie sich den größern Theil des Jahres in A. aufhalte, sei aus Bern datirt gewesen. Frau v. T. sei also zur Zeit der Aufnahme des Steuerregisters für das Jahr 1881 noch in Bern domizilirt gewesen. Dieser Zeitpunkt sei für die örtliche Bestimmung der Steuerpflicht der entscheidende. Wollte man derartige Erklärungen, wie die Beklagte sie in jenem Zeitpunkte abgegeben — daß sie nämlich in B. sich nicht einschätzen wollte, weil sie nächstens ihren Wohnsitz in einer andern Gemeinde aufzuschlagen beabsichtige — gelten lassen, so würde das zu großen Mißbräuchen führen und der Staat würde eine derartige Erklärung, wenn sie gegen die Staatssteuerpflicht gerichtet wäre, wohl am wenigsten gelten lassen. Der Regierungsrath habe aber in wiederholten Fällen in Betreff der örtlichen Fixirung der Steuerpflicht eine Ansicht adoptirt, welche für die Gemeinde Bern noch viel günstiger sei, als die soeben entwickelte; er habe nämlich zu wiederholten Malen dahin entschieden, daß eine Gemeinde von allen denjenigen die Telle fordern dürfe, welche zur Zeit der Annahme des Gemeindebudgets in der Gemeinde gewohnt haben, also auch dann, wenn die Telle erst im Laufe des folgenden Jahres bezogen werde und der Betreffende dennzumal keinen Wohnsitz mehr in der Gemeinde habe. In dieser Weise sei namentlich entschieden worden im Jahre 1873 in dem Steuerstreit zwischen der Gemeinde Steffisburg und Hrn. von Graffenried-Barco, und im Jahre 1882 in einem gleichen Kon-

Digitized by Google

flikt zwischen derselben Gemeinde und Frau Wittwe Portmann. Wenn einer Gemeinde nun gestattet sei, die Gemeindesteuer von einem Steuerpflichtigen für ein Jahr zu beziehen, während dessen derselbe gar nicht mehr in ihrem Gebiete gewohnt habe, mit wie viel mehr Recht werde sie diese Steuer fordern dürfen, wenn der Pflichtige während fünf Monaten des Steuerjahres und zwar gerade zur Zeit der Aufnahme des Steuerregisters in ihrem Bezirke gewohnt habe. Zudem habe Frau v. T. auch seit ihrer angeblichen Domizilverlegung nach A. jedes Jahr mehrere Monate in ihrem Hause an der Spitalgasse in B. gewohnt und beziehe sogar dort die burgerlichen Nutzungen von B. fort. Endlich kann es nicht vom Belieben eines Steuerpflichtigen abhängig gemacht werden, seine Steuern da zu bezahlen, wo er gerne wolle, sondern er habe sie da zu bezahlen, wo er sie schuldig sei, d. h. da wo er als Gemeindseinwohner in das Steuerregister aufgenommen worden ist.

Frau Wittwe v. T. und die Gemeinde A. machten gegen diese Anbringen folgendes geltend:

a) Frau Wittwe v. T.: Es werde ihr Niemand verwehren können, ihr festes Domizil in der einen oder der andern der genannten Gemeinden zu wählen. Ebenso gut wie B. sich beklage, daß sie vom Jahre 1881 an ihr Steuerdomizil nicht mehr dort, sondern in A. gewählt habe, ebenso gut konnte sich letztere Gemeinde darüber beklagen, daß sie jenes Domizil bis zum Jahre 1880 ausschließlich in B. gehabt habe. Nachdem sie schon im März 1881 den beabsichtigten Domizilwechsel der Steuerbehörde von B. schriftlich angezeigt habe und noch viel länger vor Aufnahme des bernischen Tellregisters den Domizilwechsel durch Deponirung ihrer Schriften in A. vollzogen habe, kann kein Zweifel mehr obwalten, in welcher Gemeinde sie ihr Domizil habe und wo sie mithin für 1881 auch steuerpflichtig sei. Aus dem zufälligen Umstande, daß sie die ersten vier Monate des Jahres 1881 während der Aufnahme des Steuerregisters in B. zugebracht habe, dürfe Niemand im Ernste ein bevorzugtes Besteuerungsrecht der Gemeinde B. gegenüber ihr herleiten. Ihrerseits habe sie nichts versäumt, um der bernischen Steuerkommission die Möglichkeit zu geben, das Steuerregister in Betreff ihrer Person so zu entwerfen, wie es hätte sein sollen.

b) Die Gemeinde A.: Für die örtliche Bestimmung der Steuerpflichtigkeit mache nicht der Zeitpunkt der Aufnahme des Steuerregisters, sondern derjenige des Inkrafttretens derselben Regel; sonst hätte die öffentliche Auflage des Steuerregisters keinen Zweck. An der Gemeinde B. wäre es gewesen, von den recht-

Digitized by Google

zeitigen Erklärungen der Frau v. T. Notiz zu nehmen. Im Fernern sei das rechte Domizil des Bürgers ohne Zweifel da, wo er seine Schriften niedergelegt habe und wo er überdieß am längsten sich aufhalte. Diese beiden Voraussetzungen treffen bei Frau v. T. zu. Unrichtig sei dagegen die Behauptung der Gemeinde B., es habe ein Steuerpflichtiger die Steuer da zu bezahlen, wo er bei Aufnahme des Steuerregisters für das bezügliche Jahr seinen Wohnsitz gehabt habe, indem es dann nur der Aufenthalt während der Frühlingsmonate wäre, welcher über die Tellpflichtigkeit eines Bürgers an einem bestimmten Orte entschiede. Endlich berief sich die Gemeinde A. auf die Thatsache, daß Frau v. T. die Gemeindesteuer pro 1881 bereits an sie bezahlt habe und machte geltend, daß nun gegenüber der Reklamation der Gemeinde B. die Bestimmung des § 11 des Gemeindesteuergesetzes Platz greifen müsse.

Wir haben nach Anhörung unserer Direktion des Gemeindewesens und der Justizdirektion in Erwägung gezogen:

1. Aus den Akten geht hervor, daß beide Gemeinden für den Bezug ihrer Steuern jeweilen das Staatssteuerregister des laufenden Jahres zu Grunde legen, speziell daß sie ihre Steuern für das Jahr 1881 auf Grundlage des Staatssteuerregisters eben desselben Jahres bezogen haben.

2. Im Fernern ergibt sich aus den Akten, daß Frau v. T., geb. von E. für ihr dem Staate pro 1881 zu versteuerndes Einkommen sowohl auf dem Steuerregister v. B., als auf demjenigen von A. eingetragen wurde.

3. Allerdings haben wir dann durch unsern Entscheid vom 21. Dezember 1881 die Einschätzung durch die Steuerbehörde von B. auf dem dortigen Staatssteuerregister gestrichen, jedoch mit der unterm 3. Juni 1882 gegebenen Erläuterung, daß „damit die Frage welche der beiden Gemeinden berechtigt sei für das Jahr 1881 die Gemeindesteuer vom Einkommen der Frau v. T. zu beziehen, nicht präjudizirt sein solle, da es von den Umständen abhänge, ob für den Bezug derselben das Staatssteuerregister von 1881 oder dasjenige von 1880 Regel mache."

4. Nach durchgeführtem Streite zwischen den Gemeinden B. und A. zeigt sich nun, daß die Steuerberechtigung auf das Einkommen der Frau v. T., geb. v. E. im vorliegenden Falle nicht sowohl von der Verschiedenheit der dem Bezuge zu Grund liegenden Staatssteuerregister, die ja Beide vom laufenden Jahre sind,

Digitized by Google

als vielmehr von der Priorität in der Veranlagung des Staatssteuerregisters abhängig gemacht werden muß.

5. Denn es ist wohl selbstverständlich, daß die Streichung der Steuereinschätzung auf dem Staatssteuerregister in B., mit welcher einzig eine doppelte Entrichtung der Staatssteuer vermieden werden sollte, den collidirenden Anspruch zweier Gemeinden auf die Gemeindensteuer in keiner Weise präjudiziren durfte, zumal diese Gemeinden ihren Streit damals noch nicht durchgefochten hatten und für die urtheilende Behörde noch kein erschöpfender Thatbestand vorlag.

6. Uebergehend zu der Sache selbst, ist konstatirt, daß Frau v. T., geb. v. E. zur Zeit als die Gemeindsschätzungskommission von B. unter Zugrundlegung des dortigen Wohnsitzregisters das Verzeichniß der Steuerpflichtigen entworfen und derselben ein Formular Schätzungs-Erklärung zugestellt hat, ihren Wohnsitz wirklich in der Gemeinde B. hatte.

7. Mit dieser Thatsache war die Aufnahme der Frau v. T., geb. v. E. in das Steuerregister von B. begründet, und an derselben vermochte weder die Erklärung der Steuerpflichtigen, daß sie in einer spätern Zeit nach der Gemeinde A. überzusiedeln beabsichtige, noch die ungefähr zwei Monate später erfolgte Uebersiedlung etwas zu verändern.

8. Diesen feststehenden, im gesetzlich vorgeschriebenen Gang für die Anlage des Einkommensteuerregisters begründeten Thatsachen gegenüber fällt die Eintragung der Frau v. T., geb. v. E. in das Steuerregister der Gemeinde von A., als bloßer Akt ihrer Willkür, im vorliegenden Streite nicht in Betracht.

9. Da das Gesetz über das Steuerwesen in den Gemeinden vom 2. September 1867 für die konkurrirende Berechtigung mehrerer Gemeiden auf die Steuerquote des nämlichen Rechnungsjahres eine Theilung pro rata temporis nicht kennt, sondern an der ausschließlichen Berechtigung einer Gemeinde festhält, (vgl. Antrag Gfeller zu § 11 der Abstimmung hierüber in der Sitzung des Großen Rathes vom 23. März 1867, Tagblatt pag. 210) so kommt diese Berechtigung in Fällen der vorliegenden Art nach den geltenden Regeln über Kollision von Rechten derjenigen Gemeinde zu, welche unter Einhaltung des ordnungsmäßigen Ganges der Dinge die steuerpflichtige Person zuerst in das Verzeichniß der Steuerpflichtigen aufgenommen hat.

10. Diese Eintragung in das Staatssteuerregister von B. erfolgte jedoch nur bezüglich der Einkommensteuer und die Gemeindsbehörde von B. giebt in ihrer Klagschrift selbst zu, daß

Digitized by Google

Frau v. T., geb. v. E. zur Zeit der Aufnahme des Kapitalsteuerregisters ihren Wohnsitz nicht mehr in B., sondern in A. hatte.

11. Unrichtig ist die von der Gemeinde B. an diesen Umstand geknüpfte Folgerung aus der angeblichen Einheit des Staatssteuerregisters, daß ihr auch die Gemeindesteuer aus den versteuerbaren grundpfändlich versicherten Kapitalien zufallen müsse, denn so weit ist der Grundsatz der Untheilbarkeit der Steuerregister nicht durchgeführt, wenigstens giebt das Gesetz hiefür keine Anhaltspunkte.

12. Das Verbot der Doppelbesteuerung, § 11 des Gesetzes vom 2. September 1867, trifft in casu nicht zu, weil nach den vorenthaltenen Erörterungen weder die Gemeinde A. zum Bezug der Gemeindesteuer auf Grundlage des staatlichen Einkommenssteuerregisters, noch Frau v. T., geb. v. E. zur Zuwendung dieser Steuer an die Gemeinde A. berechtigt war und eine derartige willkürliche Verschiebung des Gemeindesteuerrechts der wirklich berechtigten Gemeinde nicht zum Nachtheil gereichen darf.

Aus diesen Gründen haben wir in Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides vom 29. Januar abhin

erkannt:

I. Frau v. T., geb. v. E. wird verurtheilt, der Gemeinde B. von ihrem versteuerbaren Einkommen die Gemeindesteuer pro 1881 zu entrichten.

II. Soweit das Klagebegehren der Gemeinde B. ein Mehreres enthält, wird sie mit demselben abgewiesen.

III. Frau v. T., geb. v. E. und die Gemeinde A. haben gemeinschaftlich und zu gleichen Theilen die ergangenen Kosten zu bezahlen:

a) Die Gerichtskosten betragen erstinstanzlich Fr. 12. 20 und oberinstanzlich Fr. 15. —.

b) Der Gemeinde B. werden an Parteikosten zugesprochen Fr. 40. —.

Bern, den 28. Juli 1883.

Digitized by Google

Justizreform durch Verfassungsrevision?

Von Prof. Dr. Carl Stooß.

Seit Jahren gibt es im Kanton Bern eine Frage der Justizreform. Wenn die Geschichte dieser Frage die Erklärung enthält, warum die Reformbestrebungen noch heute zu keinem Erfolge geführt haben, so mag es sich empfehlen, einer Erörterung über die Statthaftigkeit und Zweckmäßigkeit einer Justizreform durch Verfassungsrevision eine kurze historische Darstellung vorauszuschicken.

Nachdem die bernischen Richter und Advokaten die Justizreform längst schon besprochen und ihr Bedürfniß erkannt hatten, brachten die Herren Oberrichter Leuenberger und Moser das Thema im Jahre 1870 im Liberalen Vereine von Bern zur Sprache und empfahlen in ihren Referaten übereinstimmend die Einführung eines mündlichen Verfahrens und eine dadurch bedingte Revision der Gerichtsorganisation.

Obwohl das Votum des Herrn Oberrichter Moser als Broschüre in weiteren Kreisen Eingang und Zustimmung fand, so ließen doch die kommenden politischen Ereignisse, der deutsch-französische Krieg mit seinen Nachwirkungen, namentlich aber die Bundesrevisionskämpfe von 1872 und 1874, eine Verwirklichung der Reformideen nicht zu, wurden doch damals sogar die begonnenen Arbeiten auf dem Gebiete der Civilgesetzgebung förmlich sistirt.

Nachdem jedoch der Große Rath am 19. Mai 1876 die Wiederaufnahme der Gesetzesberathungen angeordnet hatte, faßte die Regierung am 21. Oktober 1876 den Beschluß, „grundsätzlich sei auch eine Revision des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen und der Gerichtsorganisation vorzunehmen."

Zum Gesetzesredaktor wurde Herr Oberrichter Moser gewählt. Derselbe legte sofort Hand an's Werk, so daß die Justizdirektion schon am 26. Januar 1877 einen Entwurf Gerichtsorganisation veröffentlichen konnte. Im Januar 1878 reichte Oberrichter Moser einen zweiten, wesentlich umgearbeiteten Entwurf Gerichtsorganisation ein und begleitete denselben mit einem motivirenden Berichte. Im April desselben Jahres folgte der Entwurf Civil-

Digitized by Google

prozeßordnung, welchem ebenfalls ein umfangreicher Bericht beigegeben ist. 1879 erschienen „Nachträgliche Abänderungsvorschläge zum Entwurf des Civilprozesses", welche vornehmlich redaktionelle Verbesserungen enthalten. Damit hatte Herr Oberrichter Moser die ihm gestellte Aufgabe in auffallend kurzer Zeit und mit Ueberwindung bedeutender Schwierigkeiten gelöst und, wie wir in Anerkennung seiner vortrefflichen Arbeit sagen dürfen, glücklich gelöst.

Bemerkenswerth ist folgende Stelle aus dem Begleitschreiben des Hrn. Moser an die Justizdirektion:

„Obschon seit Jahren die Reform des Civilprozesses oft und viel angeregt worden ist, fehlt es dennoch an allen Vorarbeiten, die uns einläßlicher und bestimmter über die anzustrebenden Reformen hätten orientiren können, es fehlt an jeglichen Versuchen dieser Art. Nicht einmal eine Skizze über die unsern Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechende Konstruktion eines andern Prozeßverfahrens und über die wünschenswerthen Abänderungen, Ergänzungen und Verbesserungen des materiellen Prozeßrechts stand uns zu Gebot. Wir waren vollständig uns selber überlassen und konnten uns demnach um Rath nur in den Gesetzen und Reformarbeiten unserer Nachbaren umsehen, wobei wir insbesondere die Genfer und Zürcher-Prozeßordnung, einige der neuern deutschen Gesetze und endlich die neueste deutsche, für das ganze Reich geltende Prozeßordnung benutzt haben. Daß aber die bloße Ueberlegung eines Einzelnen, die Beschränkung auf sich allein bei der Wahl der zu adoptirenden Reformen, bei'r Abschätzung der Reformbedürfnisse und der Auffindung der bisher zu Tage getretenen Mängel unvermeidlich zu Befangenheiten, Irrthümern und Versehen führen müssen, ist wohl klar."

Was der Verfasser der Entwürfe mit diesen Worten zu seiner Entschuldigung anführt, gibt uns den Schlüssel zu dem Mißerfolge der damaligen Justizreformbestrebung. Es war offenbar verfehlt, einem einzigen, freilich sehr bedeutenden Manne die Last und die Verantwortung der gesammten Justizreform aufzuladen. Denn wenn dieser Einzelne auch, wie dies von Moser gesagt werden darf, die juristische Befähigung zur Lösung der Auf-

Digitized by Google

gabe in hohem Maße besaß, so erfordert doch insbesondere die Reform einer Gerichtsorganisation, zumal in einem demokratischen Gemeinwesen, eine vorgängige Feststellung der Grundlagen des Werkes. Ein noch so scharfsinnig und zweckmäßig ausgearbeitetes Projekt einer Gerichtsverfassung wird das Stadium des Entwurfes nicht überschreiten, wenn nicht die Männer, welche an der Spitze der politischen Bewegung stehen und die Juristen, denen das Volk ein richtiges und unbefangenes Urtheil zutraut, sich in grundsätzlicher Uebereinstimmung mit demselben befinden und aus eigenster Ueberzeugung dafür eintreten. Bevor daher mit der redaktionellen Feststellung eines Entwurfes begonnen werden kann, müssen unbedingt die fundamentalen Sätze einer Gerichtsorganisation und wohl auch einer Civilprozeßordnung durch ein aus Staatsmännern und Juristen gebildetes Collegium geprüft und gebilligt werden. Eine solche Prüfung folgte der Publikation des Entwurfes allerdings nach, indem die von Hrn. Ständerath Sahli präsidirte Kommission, welche der Regierungsrath im Jahre 1878 zur Vorberathung des Moser'schen Entwurfes einsetzte, eine Subkommission bestellte und derselben in ihrer Sitzung vom 16. Dezember 1878 den Auftrag ertheilte:

„Ueber die Grundlagen des Civilprozeßverfahrens, sowie über die durch diese Grundlagen und durch die Rücksicht auf den Strafprozeß bedingten Prinzipien der Gerichtsorganisation zu berathen und darüber Bericht und Antrag an das Plenum der Kommission zu erstatten." Als Präsident der Kommission wurde Hr. Oberrichter Dr. Zeerleder bezeichnet, welcher am 21. Oktober 1878 dem bernischen Juristenvereine ein treffliches Referat über die Moser'schen Gesetzesentwürfe erstattet hatte (Zeitschrift Bd. 14, 344 ff.). Damit schien der von Moser hervorgehobene Fehler glücklich korrigirt zu sein, so daß auf eine baldige Verwirklichung der geplanten Justizreform gehofft werden durfte.

Diese Hoffnungen zerstörte aber ein in seinen Anfängen scheinbar ungefährliches Ereigniß, das wenigstens indirekt auf die bei Inangriffnahme des Werkes begangene Omission zurückzuführen ist.

Nachdem die Moser'schen Entwürfe längst schon veröffent-

Digitized by Google

licht waren, wurde nämlich in dem Großen Rath des Kantons Bern am 25. November 1878 ein Postulat gestellt, welches sich, die Reformbestrebungen ignorirend, in die Frage kleidete:

Ob es nicht möglich sei, den Civilprozeß auch unter der gegenwärtig zu Kraft bestehenden Gesetzgebung etwas zu beschleunigen. — Daß der große Rath in jenem Zeitpunkt eine solche Frage als erheblich erklärte, zeugt entweder von einer kaum begreiflichen Unkenntniß über den Stand der Justizreform oder es sieht einem Mißtrauensvotum so ähnlich wie ein Ei dem andern. Die Verlegenheit der reformfreundlichen Mehrheit des Obergerichts, das zur Berichterstattung über dieses Postulat aufgefordert wurde, läßt sich denken. Das Obergericht konstatirte in seinem sorgfältigen und interessanten Berichte d. d. 3. Mai 1879, daß Uebelstände sowohl in der Praxis als in der Gesetzgebung des Justizwesens bestehen. Gegen die Mißbräuche der Praxis versprach der Gerichtshof mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln einzuschreiten und bekräftigte diese Zusicherung gleichzeitig durch Erlaß eines Kreisschreibens, welches er dem Großen Rathe zur Kenntniß brachte. Leider beschränkte sich der Gerichtshof nicht auf diese das Postulat erschöpfende Begutachtung, sondern „erlaubte sich" überdieß „auf einige Punkte hinzuweisen, hinsichtlich welcher ohne eine Totalrevision des Gesetzes Verbesserungen in der Prozeßordnung anzubringen wären."

Allerdings erklärte der Gerichtshof, es dürfen alle partiellen Abänderungsanträge immerhin nur als transitorische Maßnahmen betrachtet werden, das Obergericht in seiner Mehrheit erblicke nur in einer totalen Umgestaltung der Prozeßordnung die Möglichkeit einer wahrhaft glücklichen Lösung der uns beschäftigenden Fragen. Aber der Gedanke einer Partialrevision oder besser einer Civilprozeßnovelle ohne Revision der Gerichtsorganisation war damit offiziell ausgesprochen, und begann seinen Lauf.

Die engere Civilprozeßkommission förderte unterdessen rüstig ihre Arbeiten und behandelte nach einem von ihrem Präsidenten entworfenen Programme die wichtigsten Organisations- und Prozeßfragen. Ueber die durch das mündliche Referat eines

Digitized by Google

Mitgliedes eingeleitete Diskussion fehlen Aufzeichnungen, dagegen sind die Beschlußanträge der Kommission in einem Protokolle niedergelegt. Doch fehlte der Kommission trotz ihrer regen Thätigkeit die freudige Zuversicht eines baldigen praktischen Erfolges. Nach und nach galten diese Kommissionsberathungen den Männern der praktischen Politik blos noch „als recht interessante akademische Erörterungen", so daß Hr. Nationalrath Brunner in der Versammlung des bernischen Juristenvereins vom 20. Oktober 1879 es offen aussprach, die Moser'schen Entwürfe stehen noch in weitem Feld; denn die Revision der Gerichtsorganisation stoße auf starke Opposition. Er halte aber eine Reform des Civilprozesses *ohne gleichzeitige Reform der Gerichtsorganisation* für möglich und angezeigt. Hr. Brunner begründete hierauf unter Bezugnahme auf den Postulatsbericht des Obergerichts seine Vorschläge zur Civilprozeßreform, die in einer Anzahl Exemplare vorlagen. (Zeitschrift, Bd. 16, S. 1 ff.). Der Correferent Prof. Emil Rott bekannte sich als Gegner jeder Partialrevision, welche fundamentale Grundsätze in Frage stelle; Flickerei sei nur insofern zulässig, als sie unwesentliche Punkte betreffe und dabei zweckmäßig sei. Er verwies auf die Berathungen der Prozeßkommission und bemerkte schließlich, wenn man nach den Vorschlägen des Hrn. Brunner vorgehen wollte, so solle man die Berathungen der Kommission fallen lassen und einen Entwurf auf Grundlage der Schriftlichkeit berathen. Er halte dagegen eine Totalrevision, so wie sie jetzt beabsichtigt sei, nicht für unmöglich und wolle sie daher nicht durch eine weitgehende Partialrevision in Frage stellen.

Diese letztere Ansicht trug zwar in der Diskussion den Sieg davon; es war aber, wie von den Gegnern spöttisch bemerkt wurde, ein Sieg der Theoretiker und Professoren. In der That standen die Männer, denen an der Leitung der Staatsgeschäfte ein bedeutender Antheil zukommt, nicht auf dieser Seite. Zwar setzte die Subkommission ihre Sitzungen fort, beendigte die Berathungen im Jahr 1880 und veröffentlichte zu Anfang des Jahres 1881 unter dem Titel: „Die Revision der bernischen Ge-

Digitized by Google

richtsorganisation, Bericht der engern Kommission an die zur Vorberathung der Entwürfe eines Gerichtsorganisationsgesetzes und Civilprozeßgesetzes niedergesetzte Plenarkommission" das Resultat der einen Hälfte ihrer Arbeiten. Aber schon glaubte Niemand mehr an die Verwirklichung der darin begründeten Vorschläge. Die Plenarkommission trat nicht zusammen. Der Bericht über die Civilprozeßreform blieb liegen. Man gewöhnte sich daran, die Entwürfe und Berichte lediglich als brauchbares Material für eine dereinstige Justizreform anzusehen. So erklärt es sich auch, daß diese Zeitschrift den oben erwähnten Kommissionsbericht keiner Besprechung würdigte, ja von demselben nicht einmal Notiz nahm.

Es läßt sich somit von der Revision der Gerichtsorganisation und des Civilprozeßgesetzes sagen, was der von Regierungsrath von Wattenwyl erstattete „Bericht über die seit dem Anfang der 60er Jahre gemachten Versuche zur Schaffung eines einheitlichen Rechts" (29. Januar 1882) von der Revision der Civilgesetzgebung meldete:

„Diese Arbeit nahm ihren ruhigen Fortgang, d. h. es blieb bei den Vorarbeiten."

Die weiteren Ereignisse stehen noch in frischer Erinnerung. Im November 1881 legte der Regierungsrath dem Großen Rathe zwei von Hrn. Regierungsrath Scheurer verfaßte Gesetzesprojekte vor, von denen der eine Bestimmungen über „Abkürzung und Vereinfachung des Civilprozeßverfahrens" aufstellte. Wohl protestirte der bernische Juristenverein in einer außerordentlichen Hauptversammlung vom 19. Dezember 1881 freilich keineswegs einstimmig gegen diese Art der Gesetzgebung und sprach nach dem Antrag des Hrn. Fürsprecher Ed. Müller seine Ueberzeugung dahin aus: nur die Reform des gesammten Justizwesens durch eine einheitliche Gesetzgebung werde den Uebelständen im Justizwesen dauernd und wirklich abhelfen. Dieser Protest hatte zwar die Wirkung, daß im Februar 1882 an Stelle des ursprünglichen Projekts ein redaktionell sorgfältig ausgearbeiteter Gesetzesentwurf betreffend Vereinfachung in Abkürzung des Civilprozeßverfahrens trat, der von seinem Verfasser, Hrn.

Digitized by Google

Nationalrath Brunner, in einem klar geschriebenen Berichte begründet wurde. Aber die grundsätzliche Frage gestaltete sich dadurch um nichts besser, stand doch an der Spitze der Motive des Hrn. Brunner der Satz: „Der zur Berathung gelangende Gesetzesentwurf läßt die Gerichtsorganisation unberührt und modifizirt das Prozeßgesetz vom 10. Oktober 1847 nur in solchen Punkten, deren Abänderung und Ergänzung im Interesse der Vereinfachung und Abkürzung der Prozesse, sowie zur Vermeidung unnöthiger Kosten durch die Praxis längst angezeigt sind." Damit war dem Gedanken der Totalrevision zu Grabe geläutet und die Abänderung des Civilprozesses ohne Revision der Gerichtsorganisation definitiv angebahnt. Welche Wandlungen und Umarbeitungen dieser erste Entwurf auch erlitten hat, so bildet er doch die Grundlage des Gesetzes betreffend Vereinfachung und Abkürzung des Civilprozeßverfahrens d. d. 3. Juni 1883, welches auf Neujahr 1884 in Kraft treten soll. Die lehrreiche Entstehungsgeschichte derselben findet sich in Band 19, Seite 136 ff. unter dem Titel: Zur bernischen Civilprozeßnovelle.

Noch ist das Gesetz betreffend Vereinfachung und Abkürzung des Civilprozeßverfahrens nicht in Kraft getreten und schon erschallt wieder der Ruf nach Justizreform. Unter dem Titel: „Zur bernischen Verfassungsrevision. Ueber die Justizreform" hat Hr. Fürsprecher Ed. Müller in Bern eine Broschüre veröffentlicht, in welcher er die Nothwendigkeit einer durchgreifenden Reform unseres Justizwesens nachweist. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, entsprechende Reform der Gerichtsorganisation, insbesondere Bildung von fünf mit juristisch gebildeten Richtern besetzten Bezirksgerichten, sind die hohen Ziele zu deren Erstrebung die Broschüre mit überzeugender Beredtsamkeit auffordert. Diese Postulate klingen allerdings befremdend im Hinblick auf die eben erst erfolgte Annahme einer neuen Civilprozeßordnung. Trotzdem erachten wir die Vorschläge für zeitgemäß und durchaus beachtenswerth. Mit Recht macht der Verfasser darauf aufmerksam, daß unsere Staatsverfassung die Grundzüge einer Gerichtsorganisation enthält und die Ver-

Digitized by Google

fassungsberathung sich auch auf die Diskussion der Gerichtsorganisationsfragen erstrecken wird. Von diesem Gesichtspunkte aus kann der neuliche Erlaß eines Prozeßgesetzes in der That einer Behandlung der Justizreform nicht im Wege stehen und zwar um so weniger, als derselben allerseits der Charakter einer transitorischen Maßnahme zugeschrieben worden ist. Dem Verfassungsrath wird es obliegen, sich zu entscheiden, ob die Grundzüge der Gerichtsverfassung und des Verfahrens wie bisher in der Staatsverfassung Aufnahme finden sollen. Mit der Broschüre würden wir die Frage bejahen. In diesem Falle wird sich aber eine unveränderte Aufnahme der bisherigen Bestimmungen nur dann rechtfertigen lassen, wenn sich dieselben voraussichtlich auch in der Zukunft bewähren. Das Gegentheil ist allgemein zugegeben. Also Revision der Gerichtsorganisation.

Eine Aenderung der Gerichtsorganisation galt bisher in den weitesten Kreisen aus zwei Gründen als unmöglich. Manche erhoben dagegen konstitutionelle Bedenken, indem sie von der freilich kaum begründeten Ansicht ausgingen, eine Revision der Gerichtsorganisation bedinge eine Verfassungsrevision. Verbreiteter war die Ueberzeugung, die Ungunst der Zeiten, die überall zu Tage tretende Lauheit, der Indifferentismus in Sachen des öffentlichen Wohls, endlich die gedrückte ökonomische Lage des Gemeinwesens und der Privaten lasse den Gedanken einer Justizreform nicht aufkommen. Daß die Verfassung eine durch die Verfassung geschaffene Gerichtsorganisation nicht hindert, bedarf keines Beweises. Die politische Niedergeschlagenheit der letzten Jahre und die finanzielle Misere beginnen zu verschwinden und werden sachgemäße Reformen im Justizwesen kaum mehr niederhalten. Täuschen wir uns nicht, so zeigt sich die öffentliche Meinung solchen Bestrebungen geradezu günstig. Beide von erfahrenen und einsichtigen Staatsmännern der Justizreform entgegengesetzte Argumente treffen somit im gegenwärtigen Zeitpunkte nicht mehr zu. Die Frage der Justizreform ist aus einer akademischen zu einer eminent praktischen geworden.

Digitized by Google

Daher rechtfertigt sich eine eingehende Würdigung der in der Broschüre aufgestellten Vorschläge und Postulate. Leider hat die drängende Zeit dem Referenten eine weniger gründliche Prüfung gestattet, als die Wichtigkeit des Gegenstandes erheischt. Aus der einleitenden geschichtlichen Darstellung ergibt sich aber das erfreuliche Resultat, daß die gleichsam über Nacht wieder brennend gewordene Frage der Justizreform uns nicht unvorbereitet findet. Die Vorarbeiten sind vorhanden und bieten in Verbindung mit der Müller'schen Broschüre ein Material, welches eine Entscheidung der grundsätzlichen, allenfalls in die Verfassung aufzunehmenden Punkte unbedenklich gestattet. Als wünschenswerthe Ergänzung derselben würden wir es erachten, wenn die Protokolle der engern Civilprozeßkommission soweit sie die Reform des Civilprozesses beschlagen, dem Druck übergeben würden und Hr. Bundesgerichtsschreiber Rott sich erbitten ließe, seine diesem Gegenstande gewidmeten Arbeiten der Justizdirektion zur Verfügung zu stellen.

Eine gründliche Heilung unserer Justizschäden steht nur von der Einführung eines mündlichen, unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattfindenden Verfahrens zu erwarten. Darüber ist Jedermann einig. Nicht nur die modernen Gesetzgebungen des Auslandes, sondern auch die Kodifikationen der mit der Zeit fortgeschrittenen Kantone sind uns auf dieser Bahn vorangegangen.

Es ist daher überflüssig, die Vorzüge der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit hier noch einmal darzulegen. Auf eine Erörterung einzelner, die Struktur des Verfahrens berührender Fragen treten wir ebenfalls nicht ein, es darf dies füglich einem spätern Zeitpunkte vorbehalten werden. Als Vorbild wird uns hauptsächlich die deutsche Civilprozeßordnung dienen können.

Die Untersuchung soll sich heute darauf beschränken, die gerichtsorganisatorischen Voraussetzungen eines mündlichen Verfahrens festzustellen, wobei allerdings eine Besprechung des Rechtsmittelsystems nicht entbehrt werden kann.

Was hilft uns ein mündliches und unmittelbares Verfahren im Gesetzbuch, wenn unsere Gerichte dasselbe nicht lebendig zu

Digitized by Google

machen vermögen? Auch das von Niggeler redigirte Prozeßgesetz von 1847 anerkennt die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit für das Kompetenzverfahren und die sog. summarischen Sachen und doch behielt die Schriftlichkeit, dem Gesetze zuwider, die Oberhand. Dem Verfahren darf wenigstens für dieses Gebiet der Jurisdiction keine Schuld beigemessen werden, sondern einzig den zu dessen Handhabung berufenen Organen. Wir können es daher voraussagen: trotz Mündlichkeit und Unmittelbarkeit wird fortgeschrieben und zu Protokoll diktirt werden, wenn nicht eine wahre Reformation unseres Richterstandes durchgesetzt wird.

Welche Anforderungen stellt nun aber das mündliche Verfahren an den Richter?

Dasselbe fordert nicht allein Kenntniß des positiven Rechts und die Fähigkeit, den Rechtssatz auf den in den Akten enthaltenen Thatbestand anzuwenden; dem Richter werden keine dickleibigen Aktenbände in das Haus getragen, in der Sitzung selbst vernimmt er aus dem Munde der Parteien das Streitverhältniß. Alle die Fragen, vorwiegend prozessualischer Natur, welche bisher der Instruktionsrichter einzig gelöst hat, fallen nun dem Gerichte auf, welches darüber nach dem Vortrag der Parteien zu erkennen hat. Das mündliche Verfahren verlangt daher bedeutende Auffassungsgabe, rasche und sichere Entschließung, diese aber ist nur möglich auf Grund ausreichender Gesetzeskenntniß. Sie verlangt aber auch ein gutes Gedächtniß. Denn nicht immer ist es möglich, die Sache in einem Termin zu erledigen, Vertagungen z. B. behufs Abhörung von Zeugen, Vornahme von Expertisen, sind unvermeidlich. Wir möchten nun nicht behaupten, daß dem Juristen alle diese Richtereigenschaften mit dem Examen in den Schooß gefallen sind und daß der Nichtjurist bei mündlichem Verfahren unter allen Umständen unfähig sein wird, als Richter zu fungiren. Hätte ich die Wahl zwischen einem mit scharfem Verstand und einigen Rechtskenntnissen ausgerüsteten Laienrichter und einem ganz mittelmäßigen Juristen, sie würde mir nicht schwer fallen. Sobald sich aber das Verhältniß nicht so auffallend ungünstig stellt, erscheint der Jurist als der einzig berufene Richter, ebenso wie der Mediziner als der einzig mög-

Digitized by Google

liche Arzt erscheint. Eine einigermaßen komplizirte juristische Diagnose wird überhaupt nur der Jurist mit wirklicher Sicherheit stellen und begründen können. Daher ist das Postulat juristisch gebildeter Richter, ich möchte geradezu sagen staatlich geprüfter Richter, gerechtfertigt. Der Kommissionsbericht verlangte rechtsgelehrte Richter und meinte damit ganz dasselbe; der Ausdruck hat aber zu verkehrten Auffassungen Anlaß gegeben und wird daher von der Broschüre mit Recht sorgfältig vermieden.

Hr. Müller verlangt aber nicht für alle, sondern nur für **wichtigere** Sachen juristisch gebildete Richter, weil bei weniger wichtigen Sachen die Kenntnisse und Fähigkeiten des Laien ausreichen. Die Triftigkeit dieses Grundes erscheint äußerst zweifelhaft. Zwar drehen sich unsere sog. amtsgerichtlichen Kompetenzgeschäfte in der That meistens um Verhältnisse, welche dem Verständnisse des Laien besonders nahe liegen; dabei ist aber zu bedenken, daß der Gerichtspräsident Vollziehungs- und Wechselstreitigkeiten als Einzelrichter erledigt. Auch steht die Einfachheit des Sachverhalts nicht regelmäßig in direktem Verhältniß zu dem Streitwerthe. Die Pathologie des Rechts findet sogar ihr bevorzugtes Herrschaftsgebiet in der Sphäre der sog. Bagatellsachen. Welchem Praktiker sind nicht Kompetenzfälle von geradezu verzweifelter Verzwicktheit vorgekommen, deren Thatbestand an Verworrenheit nichts zu wünschen übrig ließ! Den juristischen Kern aus solchen nebelhaften Geschichten herauszuschälen erfordert nicht selten einen größere Aufwand juristischen Kennens und Könnens, als manche cause célèbre. Wenn daher Hr. Müller den Groschen des armen Mannes mit denselben Cautelen umgeben will wie den Thaler des Reichen — und dafür tritt er bei der Rechtsmittelfrage auf das Eifrigste ein — so würde die Konsequenz unseres Erachtens nicht zulassen, die Forderung eines juristischen gebildeten Gerichts auf „wichtigere“ Sachen zu beschränken.

Das soeben besprochene Resultat würden wir im Gegensatz zu der Broschüre auch für das Gebiet der Strafjustiz als maßgebend erachten. Denn wir halten die von Oberrichter Moser

Digitized by Google

aufgestellte und von dem Verfasser der Broschüre lebhaft unterstützte Behauptung, der Laienrichter eigne sich für die Würdigung strafrechtlicher Thatbestände besser als der Jurist, für einen gefährlichen Irrthum. Gewiß ist es nicht richtig, daß zum Verständniß der meisten Begriffe des Strafrechtes ein gesunder Verstand, ein gesundes Herz und die tägliche Lebenserfahrung genügt. Dem Citate aus Moser's Bericht setzen wir folgendes Wort Binding's*) entgegen: „Und wo wir hineingreifen in die Gesetzgebung, begegnen wir durchweg der gleichen Erscheinung: an Stelle des täglich wechselnden vagen und willkürlichen Sprachgebrauchs ist eine technische Sprache und sind scharf zugehauene Rechtsbegriffe getreten. Daß deren Bezeichnungen auch im Umgangsleben Anwendung finden, ist eine große Versuchung für den Laien, die Rechtsbegriffe verstehen zu wollen und falsch zu verstehen. Was im juristischen Sinne Schuld und Unschuld ist, was Vorsatz und was Fahrlässigkeit, wann Zurechenbarkeit einer That vorliegt oder nicht, wann Jemand Urheber einer That ist oder nicht, wann er dazu nur geholfen oder angestiftet hat, was eine Sache ist, was mein und dein, was Eigenthum, Besitz, Detention, was eine Urkunde ist, was keine — diese und alle die tausend- und abertausende von Rechtsbegriffen zu lernen, bedarf der Jurist der angestrengtesten langjährigen Arbeit, bei welcher nicht die kleinste Mühe darin besteht, den juristisch-technischen Sinn eines Wortes von den untechnischen Bedeutungen, die damit verbunden werden, klar abzutrennen. Die Rechtsbegriffe sind aber die juristischen Elemente, aus denen Alles besteht, was rechtlichen Wesens ist." Diese durch zahlreiche Beispiele unterstützten Erwägungen führen Binding zu dem Ergebniß: „Der zu dieser Thätigkeit (Würdigung strafrechtlicher Thatbestände) berufene Richter muß also ein Rechtskenner und zugleich geübt sein, in den buntesten Lebenserscheinungen ungeblendet das Wesentliche von dem Unwesentlichen, das Juristische von dem Unjuristischen zu unterscheiden."

*) Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts. Leipzig, 1876. S. 31 und 33.

Digitized by Google

Doch ist zuzugeben, daß das Gebiet der Strafsachen einer richterlichen Thätigkeit der Laien eher zugänglich ist, als die Civilsachen, besonders wenn für obligatorische Vertretung der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung Sorge getragen wird und die Leitung der Verhandlungen einem rechtskundigen Präsidenten obliegt. Juristische Verstöße werden nicht ausbleiben, aber es ist doch in der Regel eine Garantie vorhanden, daß nicht ein Unschuldiger verurtheilt wird und ein Schuldiger jeder Strafe entgeht. Wie jeder Vertheidiger weiß, liegen vor den Assisen die Möglichkeiten anders, und es gelingt nur zu häufig, den Klienten durchzubringen oder die Geschwornen zu bestimmen, eine Qualifikation der Handlung vorzunehmen, welche dem Gesetze nicht entspricht.

Auf ein ferneres Erforderniß, welches das mündliche Verfahren an die Gerichte stellt, scheint die Broschüre zu wenig Gewicht zu legen. Es ergibt sich dieses Requisit am deutlichsten aus einer Vergleichung des mündlichen und schriftlichen Verfahrens. Das schriftliche Verfahren hat den Nachtheil, daß der Richter den Prozeßstoff gleichsam in der Form eines getrockneten Präparates aus der Hand des Instruktionsrichters empfängt, während die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens dem Richter gestattet, den Sachverhalt direkt aus der Quelle des Streitverhältnisses zu schöpfen.

Aber die Schriftlichkeit bietet auch einen großen Vorzug: Das in den Akten niedergelegte Prozeßmaterial läßt sich für ewige Zeiten aufbewahren. Wenn auch Jahre bis zur Entscheidung der Sache verstreichen, so leidet doch die Information des Richters darunter nicht, da er sich jederzeit aus den Akten über den allein maßgebenden Sachverhalt unterrichten kann. Quod non est in actis non est in mundo.

Die Möglichkeit, durch einfache Lesung der Akten die zur Urtheilsfunktion nothwendige Kenntniß des Sachverhalts sich zu verschaffen, läßt denn auch einen beliebigen Wechsel im Richterpersonal als unbedenklich erscheinen.

Ganz anders bei mündlichem Verfahren! Hier wird der Prozeßstoff in seiner lebensvollen Mannigfaltigkeit und Frische,

Digitized by Google

aufgestellte und von dem Verfasser der Broschüre lebhaft unterstützte Behauptung, der Laienrichter eigne sich für die Würdigung strafrechtlicher Thatbestände besser als der Jurist, für einen gefährlichen Irrthum. Gewiß ist es nicht richtig, daß zum Verständniß der meisten Begriffe des Strafrechtes ein gesunder Verstand, ein gesundes Herz und die tägliche Lebenserfahrung genügt. Dem Citate aus Moser's Bericht setzen wir folgendes Wort Binding's*) entgegen: „Und wo wir hineingreifen in die Gesetzgebung, begegnen wir durchweg der gleichen Erscheinung: an Stelle des täglich wechselnden vagen und willkürlichen Sprachgebrauchs ist eine technische Sprache und sind scharf zugehauene Rechtsbegriffe getreten. Daß deren Bezeichnungen auch im Umgangsleben Anwendung finden, ist eine große Versuchung für den Laien, die Rechtsbegriffe verstehen zu wollen und falsch zu verstehen. Was im juristischen Sinne Schuld und Unschuld ist, was Vorsatz und was Fahrlässigkeit, wann Zurechenbarkeit einer That vorliegt oder nicht, wann Jemand Urheber einer That ist oder nicht, wann er dazu nur geholfen oder angestiftet hat, was eine Sache ist, was mein und dein, was Eigenthum, Besitz, Detention, was eine Urkunde ist, was keine — diese und alle die tausende und abertausende von Rechtsbegriffen zu lernen, bedarf der Jurist der angestrengtesten langjährigen Arbeit, bei welcher nicht die kleinste Mühe darin besteht, den juristisch-technischen Sinn eines Wortes von den untechnischen Bedeutungen, die damit verbunden werden, klar abzutrennen. Die Rechtsbegriffe sind aber die juristischen Elemente, aus denen Alles besteht, was rechtlichen Wesens ist." Diese durch zahlreiche Beispiele unterstützten Erwägungen führen Binding zu dem Ergebniß: „Der zu dieser Thätigkeit (Würdigung strafrechtlicher Thatbestände) berufene Richter muß also ein Rechtskenner und zugleich geübt sein, in den buntesten Lebenserscheinungen ungeblendet das Wesentliche von dem Unwesentlichen, das Juristische von dem Unjuristischen zu unterscheiden."

*) Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts. Leipzig, 1876. S. 31 und 33.

Digitized by Google

Doch ist zuzugeben, daß das Gebiet der Strafsachen einer richterlichen Thätigkeit der Laien eher zugänglich ist, als die Civilsachen, besonders wenn für obligatorische Vertretung der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung Sorge getragen wird und die Leitung der Verhandlungen einem rechtskundigen Präsidenten obliegt. Juristische Verstöße werden nicht ausbleiben, aber es ist doch in der Regel eine Garantie vorhanden, daß nicht ein Unschuldiger verurtheilt wird und ein Schuldiger jeder Strafe entgeht. Wie jeder Vertheidiger weiß, liegen vor den Assisen die Möglichkeiten anders, und es gelingt nur zu häufig, den Klienten durchzubringen oder die Geschwornen zu bestimmen, eine Qualifikation der Handlung vorzunehmen, welche dem Gesetze nicht entspricht.

Auf ein ferneres Erforderniß, welches das mündliche Verfahren an die Gerichte stellt, scheint die Broschüre zu wenig Gewicht zu legen. Es ergibt sich dieses Requisit am deutlichsten aus einer Vergleichung des mündlichen und schriftlichen Verfahrens. Das schriftliche Verfahren hat den Nachtheil, daß der Richter den Prozeßstoff gleichsam in der Form eines getrockneten Präparates aus der Hand des Instruktionsrichters empfängt, während die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens dem Richter gestattet, den Sachverhalt direkt aus der Quelle des Streitverhältnisses zu schöpfen.

Aber die Schriftlichkeit bietet auch einen großen Vorzug: Das in den Akten niedergelegte Prozeßmaterial läßt sich für ewige Zeiten aufbewahren. Wenn auch Jahre bis zur Entscheidung der Sache verstreichen, so leidet doch die Information des Richters darunter nicht, da er sich jederzeit aus den Akten über den allein maßgebenden Sachverhalt unterrichten kann. Quod non est in actis non est in mundo.

Die Möglichkeit, durch einfache Lesung der Akten die zur Urtheilsfunktion nothwendige Kenntniß des Sachverhalts sich zu verschaffen, läßt denn auch einen beliebigen Wechsel im Richterpersonal als unbedenklich erscheinen.

Ganz anders bei mündlichem Verfahren! Hier wird der Prozeßstoff in seiner lebensvollen Mannigfaltigkeit und Frische,

Digitized by Google

abgesehen von einigen vorbereitenden Schriftsätzen und protokollarischen Feststellungen, nicht dem Papier, sondern lediglich dem Gedächtniß der urtheilenden Richter anvertraut. Während für die Akten das Wort gilt: scripta manent, lehrt die Erfahrung, daß der mit Durchschnittsgedächtniß begabte Mensch — und höhere Anforderungen dürfen wir in diesem Punkte an den Richter nicht stellen — die in sich aufgenommenen Erinnerungsbilder nur während verhältnißmäßig kurzer Zeit in ursprünglicher Frische zu erhalten vermag; allmählig verflüchtigen sich die Eindrücke, bis sie endlich ganz verschwinden.

Es liegt auf der Hand, daß die Vorzüge der Mündlichkeit vollständig aufgehoben werden, sobald es dem Richter in der entscheidenden Stunde des Urtheils nicht mehr möglich ist, die während der ersten Verhandlungen gewonnene genaue Kenntniß des Sachverhalts zu verwerthen; denn das Verfahren hat ja keinen andern Zweck, als die Voraussetzungen eines richtigen Urtheils zu beschaffen. Wir können geradezu sagen: Folgt das Urtheil nicht so bald auf den Beginn des Rechtsstreites, daß alle bei demselben mitwirkenden Gerichtspersonen sich noch aller wesentlicher Einzelheiten erinnern, so fehlt die Garantie richtiger Rechtsprechung. Hieraus folgt: Die Verhandlung ist von Neuem zu beginnen, wenn ein Richter erklärt, der Sachverhalt sei ihm nicht mehr vollständig erinnerlich. Dasselbe muß stattfinden, wenn ein Wechsel im Richterpersonal eintritt; denn eine Gerichtsperson, welche der mündlichen Verhandlung nicht von Anfang an beigewohnt hat, ist nicht im Stande, ein Urtheil auf Grund des gesammten von den Parteien dargebotenen Prozeßstoffs abzugeben.

Ist die rasche Erledigung der Geschäfte bei schriftlichem Verfahren äußerst wünschenswerth, so bildet dieses Moment nach Einführung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit geradezu eine Lebensbedingung des Verfahrens und es muß die Gerichtseinrichtung so getroffen werden, daß eine begonnene mündliche Verhandlung in möglichst kurzer, jedenfalls nur nach Wochen bemessener Frist bis zum Enderkenntniß geführt wird. Dies kann nur geschehen, wenn die Richter, seien sie nun Juristen oder

Digitized by Google

Laien, stets bereit sind, den Parteien Recht zu sprechen und ihre Zeit voll und ganz dem Dienste der Justiz widmen und die richterliche Thätigkeit als Beruf ausüben. Als Erforderniß mündlichen Verfahrens ergibt sich somit die Aufstellung ständiger Beamtengerichte.

Auch unsere Amtsgerichte sind wenigstens, im Gegensatz zu den deutschen Schöffengerichten, ständige mit Beamten besetzte Gerichte. Aber die Mitglieder sind nicht Berufsrichter, sondern versehen neben ihrer ordentlichen Beschäftigung zeitweise richterliche Funktionen.

Wenn der Amtsrichter dem Staate auch seine Dienste nicht unentgeldlich leistet, so hat doch das Amt vorwiegend den Charakter eines Ehrenamtes.

Bei dieser Organisation der Amtsgerichte darf das Gesetz über die Zeit der Richter nicht rücksichtslos verfügen. Zwar legt eine Vorschrift unserer Gerichtsverfassung den Amtsgerichten schon dermalen die Pflicht auf, sich so oft zu versammeln, als es die Geschäfte erfordern; allein der Inhalt dieser Pflicht gestaltet sich ganz anders bei mündlichem wie bei schriftlichem Verfahren, so daß aus den bisher geltenden Bestimmungen kein Schluß auf die Zukunft abgeleitet werden darf.

Bevor wir zu einer Kritik der Müller'schen Gerichtsorganisation übergehen, erübrigt eine Besprechung der Rechtsmittelfrage, deren zweckmäßige Regelung in der That die allergrößten Schwierigkeiten bietet.

Da der Prozeßstoff seiner Natur nach eine vollständige Reproduktion nicht zuläßt, so scheint eine nochmalige Prüfung dieses nämlichen Prozeßstoffes durch eine andere Behörde nicht möglich.

Die einfachste und radikalste, der Struktur eines mündlichen Verfahrens am meisten entsprechende Lösung der Frage würde ich daher in dem Ausschlusse einer oberrichterlichen Nachprüfung finden. Freilich bedeutet eine solche Auffassung einen Bruch mit aller Tradition der Prozeßrechtswissenschaft. Der Glaube an die Zweckmäßigkeit und Vorzüge einer wiederholten Prüfung derselben Sache ist uns Juristen so sehr in Fleisch und Blut übergegangen,

Digitized by Google

daß selbst der Verfasser der Broschüre, dem schwächliche Vorliebe für das Bestehende nicht vorzuwerfen ist, die Zulässigkeit eines Rechtsmittels als selbstverständlich voraussetzt, und lediglich untersucht, ob dasselbe in Appellation oder Revision zu bestehen habe. Schon Stämpfli von Schwanden hat aber 1846 die letzte Consequenz des mündlichen Verfahrens gezogen und erklärt, wenn wir in Zukunft fünf bis sechs Bezirksgerichte mit den besten Juristen besetzen, so ist das Obergericht ganz überflüssig. Und ein Mann der Wissenschaft, von Bar, ging noch weiter und bezeichnete eine zweite Instanz sogar als schädlich — freilich unter der Voraussetzung: daß es möglich wäre, die erste Instanz mit tüchtigen Richtern in genügender Zahl zu besetzen.

Kann diese unerläßliche Voraussetzung eines guten erkennenden Gerichts durch eine bernische Gerichtsorganisation geschaffen werden? Sicher lassen sich Zweifel nicht unterdrücken. Dies war auch der Grund, warum Herr Nationalrath Brunner und ein zweites Mitglied der Kommission an dem von dem erstern gestellten Vorschlage: „Die Amts- und Bezirksgerichte entscheiden (vorbehältlich des Rekurses an das Bundesgericht) endgültig; ein Rechtsmittel gegen ihre Entscheidungen mit Ausnahme der (prozessualischen) Nichtigkeitsklage, findet nicht statt" nicht festgehalten haben. Immerhin erachten wir diesen Standpunkt einer nochmaligen Erwägung würdig.

Angenommen aber, die Sicherung einer guten Rechtspflege bedinge die Gestattung eines Rechtsmittels, wie soll dieses beschaffen sein? Herr Müller empfiehlt die sog. Revision, welche er definirt als „Berufung an eine höhere Instanz wegen Rechtsirrthum oder Rechtsverletzung seitens der untern Gerichte." Aus den weitern Ausführungen ergibt sich, daß damit ein auf die Nachprüfung des Urtheils im Rechtspunkte beschränktes Rechtsmittel gemeint ist. Da nur „die Begehren der Parteien, die Beweisverfügungen und die sonstigen Verfügungen des Gerichts, das Wesentliche über die Beweisaufnahme und das Urtheil" protokollirt würden, so könnte das Obergericht den Sachverhalt offenbar nur aus dem durch das untere Gericht im Urtheil festgestellten Thatbestand schöpfen.

Digitized by Google

In der Kommission fand das Rechtsmittel der Revision ebenfalls Vertheidiger, die sich auf folgende Gestaltung desselben einigten: „Gegen die erstinstanzlichen Urtheile der Amtsgerichte und der Bezirksgerichte findet Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm statt. Eine Rechtsnorm ist verletzt, wenn ein Rechtssatz entweder gar nicht oder falsch angewendet wird. Der Verletzung einer Rechtsnorm steht gleich die unrichtige Auslegung einer Urkunde."

„Im Uebrigen hat das Obergericht seinem Urtheil den von dem Untergericht festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen. Sollte jedoch über bestrittene Thatsachen, welche von entscheidendem Einflusse auf die Urtheilsfällung sind, durch das Untergericht ein Beweis nicht zugelassen worden sein, so kann das Obergericht eine Aktenvervollständigung anordnen. Ebenso ist diese zulässig, wenn von einer Partei neue Thatsachen oder Beweismittel angebracht werden, welche ihr vor dem unterrichterlichen Urtheile nicht bekannt waren oder erst nach diesem eingetreten sind. Nur wenn das Obergericht einstimmig das Urtheil des Unterrichters über die Beweisfrage für unrichtig hält, so kann eine neue mündliche Verhandlung über die Beweisfrage angeordnet werden."

Es bedarf keines Nachweises, daß diese Revision von dem von Herrn Müller proponirten Rechtsmittel in wesentlichen Punkten abweicht und sich der Appellation nähert. Die dem Gerichte eingeräumte Befugniß, die Urkunden nachzuprüfen, enthält eine dem Gegenstande nach abgegrenzte Beweiswürdigung. Der Schlußsatz gestaltet die revisio in Ausnahmsfällen zur Appellation mit novum judicium.

„An sich" ersch int die reine revisio in jure als ein für das mündliche Verfahren vortrefflich geeignetes Rechtsmittel. Das erstinstanzliche Gericht, welches die Parteien, Zeugen und Experten sieht und hört, erledigt das Thatsächliche des Falles definitiv. Das obere Gericht untersucht einzig und allein, ob das Gesetz auf den von dem Untergerichte festgestellten Sachverhalt richtig angewendet worden ist. Damit wird die Nachprüfung gerade auf Dasjenige beschränkt, was das Obergericht

Digitized by Google

präsumtiv besser befähigt ist zu prüfen, auf die Rechtsfrage. Insoweit ist es möglich, die Fehler des untern Gerichts in judicando zu korrigiren, ferner wird einheitliche Rechtsanwendung für das ganze Gesetzesgebiet erreicht.

Aber die Praxis macht zu diesen Vorzügen ein großes Fragezeichen. Herr Müller zweifelt nicht, daß es den Untergerichten gelingen werde, eine richtige und vollständige Abfassung des Thatbestandes zu Wege zu bringen. Die Verpflichtung, den Thatbestand im Urtheil genau anzugeben, nöthige die Gerichte, das thatsächliche Verhältniß klar und gründlich zu erledigen und darin liege die beste Garantie einer guten Rechtspflege. Wenn ein Gericht nicht im Stande sein sollte, den Thatbestand vollständig und richtig darzustellen, so würde ich ihm das Urtheilen untersagen, droht Herr Müller, und gibt den Gerichten kategorisch den Rath: Wenn im einzelnen Fall Schwierigkeiten entstehen können, so soll man sie lösen.

Hoffentlich werden unsere Gerichte im Stande sein, einen Thatbestand abzufassen. Die Urtheile sollen ja schon gegenwärtig eine kurze Darstellung des wesentlichen Sachverhaltes enthalten.

Wir wissen zwar, wie dieser Vorschrift bis heute Genüge geleistet worden ist, wollen aber daraus keine Schlüsse für die Zukunft ableiten, da dem Thatbestand bislang eine vorwiegend formale Bedeutung zukam und unsere Praxis derartige Formen stets mit einer gewissen souveränen Verachtung behandelt hat. Die Schwierigkeiten der Abfassung und namentlich der richtigen Würdigung des Thatbestandes entstehen überdies erst mit der durch die revisio in jure ins Leben tretenden Scheidung der That- und Rechtsfrage.

„Die Schwierigkeiten dieser theoretisch simpeln Distinktion, stellen sich, wie Wach treffend bemerkt,*) in der Handhabung heraus und das naturgemäß bei der Beantwortung der materiellen, nicht der processualen Fragen. „Sie erwachsen aus dem Umstand, daß sich die Denkoperation der Feststellung der rein faktischen Prämissen und der Anwendung des Rechts auf sie vielfach kaum im Geiste

*) Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung. Bonn, 1879. S. 210.

Digitized by Google

des Richters, geschweige denn in seinen Aeußerungen klar auseinander legt. Es wird das besonders praktisch für die einzelnen wesentlichen Thatbestandsmomente, welche als solche juristische Begriffe verkörpern, wie „Besitz", „Zahlung", „Mahnung", „Offerte", „Dolus", „Culpa" u. dergl. mehr. Die Bejahung solches Begriffs im Thatbestand ist überall Rechtsanwendung. Wie leicht aber kann es vorkommen, daß der Richter in seinen Gründen den Begriff im speziellen Falle einfach konstatirt, ohne in dessen thatsächliche Unterlagen einzugehen. Dann läßt sich nicht erkennen, ob der Schluß das Ergebniß einer falschen Beantwortung der Beweisfrage, oder einer falschen Rechtsauffassung gewesen ist. Das Resultat ist, daß die Revision von der größeren oder geringeren Geschicklichkeit des Untergerichts und der Deutlichkeit seiner Entscheidungsgründe abhängen kann."

Die Broschüre nimmt an, die Schwierigkeiten der Trennung der That- und Rechtsfrage treten in der Praxis selten zu Tage. „Wir haben diese Trennung seit Jahren bei dem Bundesgerichte, welches in den Civilrechtsstreitigkeiten, welche seiner rekursweisen Beurtheilung unterstellt sind, an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand gebunden ist und mithin lediglich die Rechtsfragen zu prüfen hat. Das Bundesgericht ist über die Schwierigkeiten, welche sich ergeben haben, noch immer glücklich hinweg gekommen."

In der That darf das durch Art. 30 al. 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 20. Juni 1874 geschaffene Rechtsmittel als eine revisio in jure bezeichnet werden, und es hat sich namentlich die neuste Judicatur des Bundesgerichts dieser Auffassung unbedingt angeschlossen. Dies ergibt sich z. B. aus den Entscheidungsgründen des Urtheils vom 23. September 1882 in Sachen Röthlisberger gegen Jura-Bern-Luzern-Bahn. A. S. VIII S. 524 ganz evident: „Nach Art. 30 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege hat das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen. Die thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz unterliegen also der Nachprüfung

Digitized by Google

des Bundesgerichts nicht, sondern letzteres hat blos zu untersuchen, ob durch die angefochtene Entscheidung der vom Vorderrichter in unanfechtbarer Weise festgestellte Thatbestand in rechtlicher Beziehung richtig gewürdigt worden sei." In der Regel hält sich der Gerichtshof an den im Urtheil festgestellten Thatbestand, verlangt aber doch, daß ihm der gesammte Prozeßstoff unterbreitet werde, welcher der Vorinstanz vorgelegen hat. Sind aktenmäßige Thatsachen von den kantonalen Gerichten unberücksichtigt gelassen worden, so erachtet sich das Bundesgericht für befugt, dieselben in Würdigung zu ziehen und auf dieselben abzustellen. Ergibt sich aus den Akten, daß Thatsachen in dem Urtheile unrichtig qualifizirt worden sind, so setzt das Bundesgericht seine Würdigung der Thatsache an die Stelle der erstinstanzlichen Bestimmung.

Diese richterliche Thätigkeit erscheint nicht als Beweiswürdigung, sondern als Rechtsanwendung und beruht auf dem Unterschied von nacktem Faktum und juristischer Thatsache.

Das Vordergericht hat definitiv nur zu bestimmen, was geschehen ist, aber nicht unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt das Geschehene aufgefaßt werden soll. Zum Beispiel: In Sachen Eheleute Imhof A. S. III S. 384 hatte das Kantonsgericht Schwyz angenommen, die gegenseitigen Mißhandlungen und Ehrenkränkungen seien im Moment leidenschaftlicher Erregung geschehen und es seien die ersteren nicht als schwere zu betrachten. Das Bundesgericht prüfte die in den Akten enthaltenen Berichte und nahm an, mit Rücksicht auf die Häufigkeit der vom Ehemann Imhof an seiner Ehefrau verübten Thätlichkeiten sei der Scheidungsgrund der schweren Mißhandlung als vorhanden zu betrachten. In Haftpflichtfällen hält sich das Gericht an den unterinstanzlich festgestellten Sachverhalt, untersucht aber selbstständig, ob dieser Sachverhalt ein Verschulden des Getödteten oder Verletzten ergebe und ob die Schadenersatzsumme nach den Umständen des Falles dem Maße nach zu billigen sei. Es liegt auf der Hand, daß die richterliche Funktion der rechtlichen Ueberprüfung erstinstanzlich festgestellter Thatsachen, es nothwendig macht, daß der Oberrichter über diese Thatsachen ebenso umfassende Information

Digitized by Google

erhalte, wie der Unterrichter; denn, wie läßt sich beurtheilen, ob Mißhandlungen oder Ehrenkränkungen schwere sind, ob ein Schadenersatz richtig bemessen sei, wenn die Mißhandlungsscene, die injuriösen Worte oder Handlungen, das Verhalten des Verunglückten, seine Erwerbs- und Familienverhältnisse, nicht bis in alle Einzelheiten bekannt werden.

Darum begnügt sich das Bundesgericht in solchen Fällen selten mit dem Urtheilsthatbestand, sondern prüft die Akten bis in die kleinsten Details, um Anhaltspunkte für seine rechtliche Würdigung zu gewinnen. Auch diese liefern sehr oft ein so ungenügendes Material, daß das Bundesgericht die Befugniß zu erhalten wünscht, das Berufungsgericht nicht nur im Falle des Beweisabschlags, sondern auch bei mangelhafter oder unrichtiger Feststellung des Thatbestandes, zu einer Aktenvervollständigung anzuhalten. Die Nothwendigkeit einer solchen Gesetzesänderung bestätigte ein sehr kompetenter Beurtheiler, Herr Bundesrichter Roguin, an der Versammlung des schweiz. Juristenvereins zu Altdorf, mit den Worten:

En ce qui a trait à l'art. 30, le Tribunal fédéral est souvent en face d'états de faits très insuffisamment établis par les jugements cantonaux et se trouve ainsi obligé de passer au jugement sans pouvoir faire un supplément d'instruction. Ainsi dans un cas de divorce le Tribunal cantonal disait que le mari avait battu quelquefois et injurié souvent sa femme. C'était tout. Dans un autre cas le Tribunal cantonal s'appuyait sur un jugement portant séparation temporaire de corps qui n'était pas produit au dossier et dont l'existence était contredite par le procès-verbal du Tribunal de district.

Il est donc urgent de modifier l'art. 30 et de permettre au Tribunal de faire, cas échéant, un supplément d'instruction pour établir un état des faits de la cause, qui soit complet et suffisant.

Die Versammlung ging noch weiter, indem sie folgende von Herrn Dr. Joh. Winkler beantragte Resolution mit großer Mehrheit annahm:

Digitized by Google

„Der schweizerische Juristenverein hält es nach Anhörung der Referate der Herren Dr. Speiser und Dr. Martin für wünschbar, daß dem Bundesgerichte eine freie Würdigung der Thatsachen und die Berechtigung eingeräumt werde, seinen Entscheiden vorgängig eine Ergänzung und Vervollständigung des Beweisverfahrens, immerhin auf Grundlage der von den kantonalen Gerichten angerufenen und zulässigen Beweismitteln, anzuordnen, resp. vorzunehmen." — Damit ist offenbar der Boden einer revisio in jure verlassen und die gemeinrechtliche Apellation wieder aufgenommen.

Wie eine Nachprüfung der Thatsachen gegenüber kantonalen Urtheilen stattfinden soll, die auf Grund rein mündlicher Verhandlung erlassen sind, wissen wir allerdings zur Stunde nicht.

Aus dieser Betrachtung des Schicksals der revisio im bundesgerichtlichen Verfahren, ergibt sich ein Resultat, welches nicht zur Nachahmung aufmuntert. Es ergibt sich daraus namentlich, daß eine Nachprüfung einer Streitsache im Rechtspunkte trotz alledem eine oberrichterliche Würdigung des Sachverhalts in gewissem Umfange nothwendig macht. Wenn diese richtig ausfallen soll, so genügt in der Regel selbst ein sorgfältig abgefaßter Urtheilsthatbestand nicht, es müßte derselbe denn die Aussagen der Zeugen wörtlich aufnehmen.

Und selbst dann leidet die revisio an den Mängeln, welche der Appellation bei mündlichem Verfahren vorgeworfen werden: Die oberinstanzliche Würdigung der Thatsachen beruht auf einem schlechteren Material als die unterrichterliche.

Der Kommission haben die angedeuteten Schwierigkeiten so wichtig geschienen, daß sie sich schließlich auf ein der Mündlichkeit accommodirtes, von Herrn Bundesgerichtsschreiber Rott beantragtes System der Appellation einigte. Folgende Grundsätze wurden festgestellt:

Die Appellation soll zulässig sein gegen Urtheile der Bezirksgerichte über Fr. 1000. Die Grundlage der oberinstanzlichen Prüfung bildet der Prozeßstoff, welcher dem untern Gerichte vorgelegen hat.

Digitized by Google

Ausnahmen: a) Wiederholte Einvernahme der bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen, Parteien oder Sachverständigen und Begutachtung durch neue Sachverständige ist zu gestatten, wenn das Gericht dieselbe als nothwendig erachtet.

b) Das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel ist gestattet. Gegen mißbräuchliche Ausdehnung des Novenrechts auf Thatsachen und Beweismittel, welche die Parteien bei angemessener Thätigkeit in erster Instanz hätten vorbringen können, sind sichernde Garantien aufzustellen.

So würde die künstliche Scheidung von That und Rechtsfrage vermieden, und dem Oberrichter eine möglichst umfassende Nachprüfung gesichert.

Gegen dieses System läßt sich der Einwand erheben, bei wiederholter Einvernahme von Parteien, Zeugen und Sachverständigen verliere die zweite Deposition an Unmittelbarkeit und Frische, sodann erwachse aus der Gestattung des Novenrechts die Gefahr, daß die Verhandlung vor dem Untergerichte zur Comödie herabsinke und sich die Parteien zunächst blos ein Scheingefecht liefern, um den Entscheidungskampf in der obern Instanz auszufechten.

Die wiederholte Einvernahme soll aber nur ganz ausnahmsweise stattfinden, wenn die Berücksichtigung des materiellen Rechts es dringend verlangt, z. B. wenn die erstinstanzliche Feststellung nicht genügt, um dem Obergericht eine genaue Vorstellung von dem Inhalt der Zeugenaussagen zu geben, wenn Widersprüche oder Undeutlichkeiten vorliegen, oder das persönliche Auftreten einer Person wünschenswerth erscheint.

Weniger leicht wird das Novenrecht zu beschränken sein; doch darf angenommen werden, bei energischer Prozeßdirektion und mittelst Kostenauflage an die säumige Partei werde es gelingen, Ausschreitungen auch hier zu verhindern.

Einstweilen halten wir dieses System für das relativ beste und glauben nicht, daß es je gelingen werde, ein Rechtsmittel zu konstruiren, das der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens vollkommen entspricht.

Digitized by Google

Die Broschüre will Rechtsmittel (Revision) gegen alle Entscheidungen der Amts- und Bezirksgerichte, ganz abgesehen vom Werthe des Streitobjektes, gestatten. Gewiß läßt sich mit dem Verfasser behaupten, alles Unrecht sei gleich schlimm, ob der angerichtete Schaden nun groß oder klein sei. Die konsequente Anwendung dieses Satzes, würde dazu führen, auch für die kleinsten Streitwerthe den Rekurs an das Bundesgericht zuzulassen, sobald im Uebrigen die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz begründet sind. Und doch wird dies Niemand vorschlagen wollen. Es sind Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche uns veranlassen, für die bisher als Bagatellsachen bezeichneten Streitigkeiten ein Rechtsmittel im engern Sinne auszuschließen, wobei selbstverständlich die Beschwerde gegen „den Versuch der Willkür unterer Instanzen" (S. 26) vorbehalten bleibt. Namentlich für Bagatellsachen wird allgemein ein rascher und wohlfeiler Justizgang verlangt. Bei Zustellung von Rechtsmitteln erleidet aber die endliche Beurtheilung des Geschäfts stets

---

Anmerkung. Während des Druckes dieser Besprechung ist in der Zeitschrift „Helvetia" eine Arbeit des Hrn. Oberrichter A. Zürcher in Bern erschienen, welche die Müller'schen Postulate entschieden bekämpft. Leider gestatten die Umstände ein Eingehen auf die gedankenreichen Ausführungen des Herrn Zürcher nicht; mehr doch mag wenigstens hervorgehoben werden, daß dem Gegensatze von Mündlichkeit und Schriftlichkeit keine fundamentale proceßgestaltende Bedeutung beizulegen ist; die Form der processualischen Handlungen ist die beste, welche die zweckgemäßeste ist (Wach). Daher sind auch in einem mündlichen Verfahren schriftliche Feststellungen zugelassen, wenn dies sachgemäß erscheint, was bei Gestattung einer Nachprüfung nicht zweifelhaft sein könnte. Aehnlich verhält es sich mit der spontanen richterlichen Cognition. Auch hier wird es nicht immer heißen, veni vidi — judicavi, sondern es wird den Richtern unter Umständen eine Frist zur Vorbereitung des Urtheils zugestanden werden müssen, und die Urtheilsverkündung auf einige Tage auszusetzen sein.

Ob gerichtsorganisatorische Bestimmungen in die Verfassung gehören, darüber läßt sich streiten, sicher aber ist, daß durch eine solche Grundlage die Justizreform bedeutend gefördert und damit gerade die Klippe umschifft würde, an welcher das Moser'sche Projekt nach unserer Ueberzeugung gescheitert ist. Wenn die wenigen Fragen, welche in der Verfassung ihre Lösung finden könnten, noch heute nicht abgeklärt sind, so steht nach den vielen hierüber seit 10 Jahren offiziell und nicht offiziell gebotenen Aufklärungen eine wirklich genügende Abklärung kaum mehr zu erwarten und es drängt sich dem Verfasser die Ueberzeugung auf, es würde an der Zeit sein, daß der Verfassungsrath ein ita jus esto ausspreche. Unterdessen mag die Zeit zur Diskussion benützt werden.

Digitized by Google

etwelchen Aufschub. Einmal muß mit Rücksicht auf die obere Instanz, selbst bei Annahme der engsten revisio in jure, ein umständlicher Thatbestand aufgenommen werden und zwar in der Gerichtssitzung selbst, denn später erscheint dies kaum mehr möglich. Dann nimmt die Prüfung des Falles in oberer Instanz nothwendig einige Zeit in Anspruch. Vor dem Obergericht wird die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich. Die Kosten steigen so leicht auf das doppelte und dreifache, so daß schließlich der mittellose Bürger, welcher nicht gerade ein Armuthszeugniß aufweisen kann oder will, vom Kampf um sein Recht absteht, weil er für ihn zu theuer wird. Daher möchten wir unbedingt an einer Kompetenzsumme festhalten, gleichzeitig aber die nachdrückliche Forderung einer guten Besetzung der untern Gerichte aufstellen. Dadurch wird auch eine zu starke Belastung der obern Instanz vermieden, und eine beförderliche Erledigung der Berufungssachen gesichert. Daß dieser Punkt Beachtung verdient, ergibt sich aus folgenden Zahlen:

Im Jahr 1876 erledigten die Friedensrichter (oder Gerichtspräsidenten als solche) durch Urtheil 932, durch Abstand oder Vergleich 2237 Geschäfte.

Die Gerichtspräsidenten beurtheilten „endlich" 1838 Civilrechtsstreitigkeiten und 358 Vollziehungsstreitigkeiten. Die Amtsgerichte erledigten als Kompetenzgerichte im alten Kanton 145, im Jura 1168 Civilrechtsstreitigkeiten bezw. Handelssachen. Der Appellhof aber beurtheilte blos 158 Civilprozesse. Im Jahr 1882 stieg diese Zahl auf 285.

Wir wenden uns nun zu dem von Herrn Müller aufgestellten Projekt Gerichtsorganisation.

„1. In den bisherigen Amtsbezirken würden Amtsgerichte, bestehend aus einem Präsidenten und zwei Amtsrichtern folgende Geschäfte zu besorgen haben:

a. Die Verhandlung und Beurtheilung aller Civilrechtsstreitigkeiten, deren Werth 300 oder 400 Fr., wie man will, nicht übersteigt, ferner der Paternitätssachen.

b. Die Verhandlung und Beurtheilung der polizeilichen und korrektionellen Strafsachen.

Digitized by Google

Der Präsident muß ein rechtskundiger Mann sein und hätte überdieß als Untersuchungsrichter zu funktioniren. Wenn man will, kann man ihm auch die bloßen Polizeisachen zuweisen."

Das Projekt will somit die Amtsgerichte als Civilgerichte beibehalten, dagegen die einzelrichterliche Thätigkeit der Gerichtspräsidenten und Friedensrichter aufheben.

Ein Grund für die Betheiligung des Einzelrichteramts wird nicht angeführt.

Gegen dieselbe sprechen folgende Erwägungen: Der Gerichtspräsident eignet sich vorzüglich für die Erledigung sog. Bagatellsachen, da er als beamteter, in der Regel auch juristisch gebildeter Richter die Garantien für eine gute, rasche und wohlfeile Rechtssprechung in sich vereinigt. Anderseits führt die Verhandlung vor einem Kollegialgericht stets zu Weitläufigkeiten, namentlich wenn die Beisitzer juristischer Bildung ermangeln, und es, wie oben ausgeführt wurde, nicht möglich ist, diejenige Permanenz des Gerichts herzustellen, welche gerade kleine Sachen nicht entbehren können. In unsern Augen kann es sich daher höchstens fragen, ob den Amtsgerichten die bisherige Kompetenz in Civilsachen belassen werden soll. Es ist daher die Befähigung unserer Amtsgerichte zu untersuchen. Die Broschüre entledigt sich dieser delikaten Aufgabe mit vielem Geschick, und gelangt zu einem für die Amtsgerichte so schmeichelhaften Resultat, daß ihre Vertheidigung füglich eine Ehrenrettung genannt werden darf. Darin ist der Broschüre beizustimmen, daß die Amtsgerichte an unserem Prozeßschlendrian insoweit keine Schuld tragen, als ja die Instruktion der Civilprozesse vor dem Einzelrichter geschieht, und ihnen, abgesehen von einigen Kompetenzstreitigkeiten und den wenigen appellabeln Geschäften, in denen eine Umgehung der untern Instanz nicht stattfindet, lediglich der Entscheid von vormundschaftlichen Ehe- und Vaterschaftssachen obliegt. Dieses negative Lob genügt aber nicht. Wenn ich den Hrn. Verfasser der Broschüre interpellire: Hand auf's Herz! Sind unsere Amtsgerichte taugliche Civilgerichte bei mündlichem Verfahren? Wie würde die Antwort lauten? Unter Hinweis auf das oben Gesagte und die in dem Kommissionsberichte enthaltenen Ausführungen

Digitized by Google

möchten wir den Gerichtspräsidenten als Gerichtsbehörde erster Instanz für Vermögenensstreitigkeiten bis auf Fr. 350 oder Fr. 300 bestellen. Jedenfalls aber die bisherige Kompetenz der Amtsgerichte nicht erweitern.

Polizeisachen beurtheilt am besten der Einzelrichter. Korrektionelle Sachen entscheidet gegenwärtig theils der Gerichtspräsident, theils das Amtsgericht.

In der That würde es sich empfehlen, die korrektionellen Geschäfte einem Kollegialgericht zu übertragen. Es müßte dies aber ein ständiger Gerichtskörper sein, die Amtsgerichte würden für die Bewältigung dieser Geschäftslast nicht ausreichen. Das beweisen folgende Zahlen: Im Jahre 1876 beurtheilten die Amtsgerichte als korrektionelles Gericht 1735 Angeschuldigte, die Gerichtspräsidenten als korrektionelle Richter 4832 als Polizeirichter 26,515 Angeschuldigte.

Beachtung verdient der Vorschlag, das Amtsgericht mit drei Richtern zu besetzen, welcher durchaus zweckmäßig genannt werden darf. Wird es sich aber nicht empfehlen, trotz reducirter Besetzung, wie bisher fünf Amtsrichter zu wählen, damit die einzelnen Mitglieder nicht zu sehr in Anspruch genommen werden und doch eine Beförderung der Geschäfte stattfinden kann? Die Herren Amtsrichter würden sich mit diesem Vorschlage gewiß gerne einverstanden erklären, während eine Reduktion der Mitgliederzahl doch etwas gar zu scharf einschneidet! Vielleicht könnten zwei Amtsrichter in Civilsachen fungiren, während die beiden andern den Sitzungen des korrektionellen Gerichts beiwohnen würden.

So lange die Reform unseres Strafprozesses aussteht und dem Verfahren das Inquisitionsprinzip zu Grunde legt, läßt es sich kaum vermeiden, den Gerichtspräsidenten als Untersuchungsrichter zn bestellen, obwohl die Vereinigung der Funktionen eines untersuchenden und erkennenden Richters Tadel verdient.

„2. Es würden fünf Bezirksgerichte bestehend aus einem Präsidenten und vier Richtern gebildet, welche sämmtlich juristisch gebildet sein müssen. Diesen Bezirksgerichten würden obliegen:

Digitized by Google

a) Die Verhandlung und Beurtheilung aller Civilstreitigkeiten, deren Werth Fr. 300, resp. Fr. 400 übersteigt und der Ehescheidungs- und Vormundschaftssachen.

b) Die Funktionen einer Anklagekammer für den betreffenden Bezirk.

c) Ebenso durch Delegation eines Mitgliedes die Leitung der Schwurgerichtsverhandlungen."

Das Postulat juristisch gebildeter Bezirksgerichte begrüßen wir mit Freuden. Es ist dieses Institut sowohl von Hrn. Oberrichter Moser als von der Kommission in ihrem Berichte gefordert worden. Im Gegensatz zu der Broschüre möchten wir aber die sachliche Zuständigkeit nach dem Vorschlage der Kommission in folgender Weise regeln:

Die Bezirksgerichte urtheilen als dreigliedrige Civilkammer:

a) Endlich über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Werthe von Fr. 350—1000.

b) Unter Vorbehalt der Weiterziehung über Streitigkeiten von höherem Werth.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für das Rechtsmittel der Appellation, so empfiehlt sich die Festsetzung einer ziemlich hohen Kompetenzsumme schon mit Rücksicht auf die Geschäftsbelastung der Rekursbehörde. Bemerkt doch Moser mit Recht: Eine einzige Appellationsbehörde, hielte sie auch Tag und Nacht Sitzung, wäre nicht im Stande die sämmtlichen Appellationen in Civilsachen unter Fr. 800 in mündlichen Verfahren zu erledigen. Bei Annahme der Revision würde allerdings diese Einwendung an Gewicht verlieren. Abgesehen davon, scheint es zweckmäßig und wünschenswerth, einem mit tüchtigen Juristen besetzten Bezirksgerichte die endliche Entscheidung über Streitwerthe bis zu einer gewissen Höhe anzuvertrauen. Die Garantie einer guten Rechtsprechung leidet darunter nicht und die Einheit der Judikatur wird durch Zulassung eines Rechtsmittels bei höheren Streitwerthen genügend gesichert. Uebrigens darf darauf hingewiesen werden, daß den jurassischen Amtsgerichten in Handelssachen bisher eine Kompetenz bis auf Fr. 1000 zugestanden hat und Klagen darüber nicht laut geworden sind.

Digitized by Google

Was die Ehescheidungs- und Vormundschaftssachen betrifft, so möchten wir gegen die Kompetenz der Bezirksgerichte nicht Einspruch erheben, obwohl gerade für diese Sachen den Amtsgerichten ein gutes Verständniß nicht abgesprochen werden kann. Jedenfalls stehen die Bezirksgerichte den einzelnen Personen ferner und sind für viele Vorurtheile und Einflüsse unzugänglich.

Der Gedanke, bei den Bezirksgerichten Anklagekammern zu bilden und diesen die Entscheidung über die Versetzung in den Anklagezustand bei korrektionellen und Schwurgerichtssachen zu übertragen, wurde von Moser in Vorschlag gebracht und von der Kommission lebhaft gebilligt, wobei namentlich auf die Kritik Bezug genommen wurde, welche Hr. Fürsprecher Müller in seinem Referat über die Reform des bernischen Strafverfahrens geübt hat.

Weniger dürfte es sich empfehlen, einen Bezirksrichter als Assisenpräsidenten zu bezeichnen, denn es geziemt sich, daß dieses hohe Amt von einem Mitgliede des obersten Gerichtshofes versehen werde. Dagegen könnte jeweilen ein Bezirksrichter als Mitglied des Assisenhofs bezeichnet werden. Die Broschüre übergeht diesen letztern Punkt.

Endlich kommen wir auf den Antrag der Kommission zurück, die Bezirksgerichte als dreigliedrige Kammern und nicht als Fünferkollegium entscheiden zu lassen, indem das mündliche Verfahren sich besser bei kleinern Kollegien handhaben läßt. Entscheiden wir uns aber für eine Besetzung mit drei oder mit fünf Richtern, so wird jedenfalls die Wahl von einem oder zwei weitern Richtern nöthig sein, da die Funktionen eines Präsidenten der Anklagekammer ein Mitglied bedeutend in Anspruch nehmen würde und auf die Mitwirkung eines andern Richters bei Assisenverhandlungen Rücksicht genommen werden muß.

„3. Für den ganzen Kanton würde ein Obergericht von sieben juristisch gebildeten Richtern bestehen. Dieses hätte folgende Obliegenheiten:

a) Die revisionsweise Beurtheilung von Rekursen gegen die civilrechtlichen Entscheidungen der Amts- und Bezirksgerichte wegen Rechtsirrthümern oder Rechtsverletzungen.

b) Ebenso die Beurtheilung von Rekursen gegen die Entscheide der Amtsgerichte in Strafsachen und des Assisenhofs.

Digitized by Google

c) Die Beurtheilung aller Beschwerden wegen Rechtsververweigerung, Rechtsverzögerung und Gewährung unerlaubter Rechtshülfe.

d) Die Disciplinaraufsicht über das gesammte Justizwesen."

Unsere grundsätzlichen Bemerkungen zu 3. ergeben sich aus früheren Erörterungen, namentlich gilt dies bezüglich der Vorschriften, welche die Natur und den Umfang von Rechtsmitteln regeln.

Mit dem Vorschlag, sieben Oberrichter zu wählen, erklären wir uns einverstanden, erachten es aber aus den im Kommissionsberichte angeführten Gründen für gerechtfertigt, sowohl die Civilkammern als die Strafkammern in der Besetzung von fünf Richtern entscheiden zu lassen. Ein Oberrichter würde die Leitung der Assisen übernehmen, ein anderes Mitglied als Beisitzer des Assisenhofs fungiren und bei jurassischen Geschworenenverhandlungen das Präsidium führen.

„4. Endlich wäre beizubehalten für die Beurtheilung der Verbrechen, der politischen Vergehen und der Preßdelikte, soweit diese nicht einen privaten Charakter haben, die Schwurgerichte ungefähr in ihrer bisherigen Gestalt."

Sollen die Geschwornengerichte wirklich fortbestehen? Dieses Institut leidet an einem traurigen Dualismus, welcher das Zustandekommen eines der Gerechtigkeit und dem Gesetze entsprechenden Urtheils im höchsten Grade erschwert. Nicht in der Betheiligung des Laienelements, sondern in der unnatürlichen und verkehrten Theilung der richterlichen Aufgabe nach der sog. Rechts- und Thatfrage, besser Schuld- und Straffrage, besteht das charakteristische Merkmal des Assisenverfahrens.

Die Verfassungsrevision würde Gelegenheit bieten, wenigstens die verfassungsmäßige Garantie dieses Dualismus zu beseitigen. Eine Neugestaltung der Strafgerichtsorganisation ohne Jury würde übrigens keine außerordentlichen Schwierigkeiten verursachen.

Denken wir uns folgende Organisation: Die Beurtheilung der Strafsachen höchster Ordnung steht einem mit (3) Juristen und (6) Laien besetzten Kriminalgericht zu. Dasselbe würde als einheitliches Kollegium über Schuld und Strafe erkennen, wobei zu einem verurtheilenden Erkenntnisse 7 Stimmen erforderlich

Digitized by Google

wären. Den Juristen bliebe der Entscheid processualer Fragen vorbehalten. Um die so hoch angeschlagene Ursprünglichkeit und Frische des nicht juristischen Elements der Institution in dem nämlichen Maße zu erhalten, wie den heutigen Geschwornengerichten, könnten die Laienrichter von Fall zu Fall oder von Session zu Session bestellt werden.

Ein solches Strafgericht würde den Namen eines Volksgerichtes mit mehr Recht führen, als das Assisengericht, welches wir von den Franzosen in einer verkrüppelten und dem englischen Urbilde ganz unähnlichen Gestalt als eine politische Errungenschaft empfiengen.

Doch machen wir uns keine Illusionen. Gilt doch die Jury in manchen Kreisen noch als ein Palladium der Freiheit und ein Zweifel an deren Werth als Ausfluß reaktionärer Gesinnung. Und wer möchte ein Reaktionär sein. Nur in diesem einzigen Punkte sind wir mit den Grundsätzen nicht einverstanden, welche Herr Müller in der Verfassung aufzustellen wünscht.

Die Beantwortung der im Titel aufgeworfenen Frage ergibt sich nach den vorstehenden Ausführungen von selbst. Wir erklären uns *für* eine durch die Verfassungsrevision eingeleitete Justizreform und glauben, es werde bei Anwendung aller Kräfte und einem loyalen Zusammenwirken der Juristen und Nichtjuristen endlich für den Kanton Bern das zu erreichen sein, was Zürich, Basel, Genf und andere Kantone längst besitzen: eine Gerichtsverfassung, welche die Handhabung eines rationellen mündlichen Verfahrens ermöglicht. Dieses Ziel hat uns Herr Fürsprecher Müller in seiner Broschüre klar, bestimmt und energisch und im richtigen Zeitpunkte, vor Augen gestellt. Dafür gebührt ihm der Dank aller Derer, die sich um das Recht interessiren, und, wer sollte sich darum nicht interessiren? Diese Besprechung aber empfehlen wir nachsichtiger Aufnahme.

Digitized by Google

Zur Einführung und Auslegung des eidgen. Obligationenrechts.

(Fortsetzung *).

Mittheilung des eidg. Departements für Handel und Landwirthschaft an die kantonalen Handelsregisterbehörden.

(Handelsamtsblatt vom 19. Juli 1883.)

In seiner Sitzung vom 7. d. M. hat der Bundesrath betreffend die Eintragung von Handlungsbevollmächtigten in das Handelsregister folgende Schlußnahme gefaßt:

„Handlungsbevollmächtigte im Sinne von O. 426 Al. 1 und 2 sind nicht in das Handelsregister einzutragen, da das Obligationenrecht selbst deren Eintragung nicht vorsieht, während es z. B. die Eintragung des Prokuristen fordert. Dieser im Gesetz beobachtete Unterschied hat seinen Grund darin, daß die Prokura eine Vollmacht ist, alles das vorzunehmen, was der Zweck des vom Prinzipal betriebenen Gewerbes mit sich bringen kann (O. 423), während die Handlungsvollmacht im Sinne von O. 426 eine begrenzte ist und von sehr verschiedenem Umfange sein kann. Bei der letzteren muß der Dritte, um im Verkehr sicher zu gehen, die Stellung des Bevollmächtigten im Geschäfte und die Art dieses letztern genau prüfen, während er sich bei dem Prokuristen nur zu vergewissern braucht, daß Prokura wirklich ertheilt worden ist. Die Eintragung von Handlungsbevollmächtigten könnte somit zu Täuschungen hinsichtlich ihrer Vertretungsbefugnisse führen.

„Eine Ausnahme muß bis zum 31. Dezember 1887 gestattet werden für die Handlungsbevollmächtigten von Aktiengesellschaften und Genossenschaften, welche vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind (O. 898). Bei neu entstehenden Aktiengesellschaften und Genossenschaften sind dagegen wiederum nur die zur unbeschränkten Vertretung befugten Personen in das Handelsregister einzutragen (O. 653, 696).

„Handlungsbevollmächtigte mit „voller Unterschrift" (welche Art von Einträgen bisher ziemlich oft vorgekommen ist) kennt das Obligationenrecht nur unter der Bezeichnung von „Prokuristen". Dieselben sind daher auch als Prokuristen in das Handelsregister einzutragen."

*) S. S. 269 ff. hievor.

Digitized by Google

Kreisschreiben der Justizdirektion des Kantons Bern

an

die Regierungsstatthalterämter, Amtsschreibereien, Gerichtsschreibereien, Amtsnotarien und Notarien des alten Kantonstheils und des Amtsbezirks Biel

betreffend

die Förmlichkeiten notarieller Vertragsurkunden.

Vom 2. Juni 1883.

Die Satz. 687 des bernischen Civilgesetzbuches, handelnd von der Form notarieller Vertragsurkunden, hat bekanntlich durch das Einführungsgesetz zum Obligationenrecht, d. d. 2. Christmonat 1882, eine veränderte Fassung erhalten und lautet nunmehr in den zutreffenden Absätzen 2 und 3 folgendermaßen:

„Ist für einen Vertrag die notarielle Form vorgeschrieben, „so muß die Urkunde durch einen Notar abgefaßt, von ihm den „vertragschließenden Personen in Gegenwart zweier vollgültiger „Zeugen (§§ 219, 220, 222 und 227 P.) vorgelesen und von „allen Mitwirkenden unterschrieben werden. Kann eine Person „nicht unterschreiben, so hat der Notar diese Thatsache in dem „Akte zu beurkunden.

„Die Förmlichkeit der Gelübderstattung an den Notar ist abgeschafft."

Diese Neuerung, durch welche im Interesse der Vereinheitlichung der notariellen Urkundenform für alle Vertragsarten des eidgenössischen und des kantonalen Rechts, des Letztern überdies in den beiden Kantonstheilen, mit dem bisherigen System der Gelübderstattung nothwendiger Weise gebrochen werden mußte, stößt bei den Praktikanten verschiedenen Orts auf Schwierigkeiten und Mißverständnisse, weßhalb die Justizdirektion sich, behufs Anbahnung einer gleichmäßigen Praxis, zu nachfolgender Wegleitung veranlaßt sieht:

I.

Es war bis dahin vielfach die ungenaue Auffassung verbreitet, daß die den Parteien auszuhändigende Ausfertigung des notariellen Instruments die eigentliche Urschrift (das Original) sei, auf welche deßhalb die Unterschriften der mitwirkenden Personen originaliter beigesetzt werden müßten. Dieser Auffassung liegt eine Verwechslung der Zirkulations- und Beweisfunktion der Urkunde mit dem Errichtungsstadium derselben zu Grunde. Während näm-

Digitized by Google

lich zur Vorlage der notariellen Vertragsurkunde an die Behörden (Fertigungsbehörde, Amtsschreiberei, Regierungsstatthalteramt, Staatskanzlei u. s. w.), zum Rechtsbehelf der vertragschließenden Parteien und ihrer Rechtsnachfolger, sowie zur Produktion als Beweismittel vor Gericht u. dgl. eine Ausfertigung nothwendig wird, da sich der Aufsatz (das sogen. Konzept) zu diesen Funktionen weder eignet noch dazu bestimmt ist, so erscheint dagegen dieser Aufsatz im Errichtungsstadium der Urkunde als die eigentliche Urschrift derselben, deren Inhalt den Parteien in Gegenwart der Zeugen vorgelesen, von ihnen als die richtig niedergeschriebene vertragliche Willenserklärung bestätigt und deren Authentizität von den Instrumentszeugen bekräftigt wird.

Das Konzept soll denn auch von dem stipulirenden Notar, sowie, nach Aufgabe des Berufs, von der Amtsschreiberei sorgfältig aufbewahrt und registrirt werden, damit in allen Fällen an den Inhalt desselben rekurrirt werden kann, wo die Richtigkeit der Ausfertigung in Frage gestellt ist.

II.

Nach dieser Richtigstellung der Bedeutung des vom Gesetzgeber in Satz. 687 E. gebrauchten Ausdrucks „Urkunde" in seiner ausschließlichen Anwendung auf das Errichtungsstadium ergibt sich die Folgerung von selbst, daß der Aufsatz (das Konzept) es ist, welcher von allen Mitwirkenden (d. h. den vertragschließenden Personen, soweit sie bei Errichtung der Urkunde zu verhandeln haben, den Instrumentszeugen und dem stipulirenden Notar) unterzeichnet, sowie daß im Aufsatz beurkundet werden muß, wenn eine der vertragschließenden Personen (als Instrumentszeugen dürfen Analphabeten nicht zugezogen werden) nicht unterschreiben kann.

Der stipulirende Notar wird vorsichtig und in richtiger Erkenntniß des Wesens seiner Funktionen handeln, wenn er auch allfällige Einschaltungen und Zusätze, die am freigelassenen Rande anzubringen sind, sowie nothwendig gewordene Durchstreichungen durch Beisetzung der Unterschriften sämmtlicher mitwirkender Personen beglaubigen läßt. An und für sich sind selbstverständlich derartige Abänderungen der Schrift so viel als immer möglich zu vermeiden, weil sie der Authentizität des Aktes Abbruch thun.

Als zutreffende Bestätigungsformel, die sich der bisher gebräuchlichen am meisten nähert und alles Wesentliche enthält, wird sich Nachfolgende empfehlen:

„Gegenwärtige Urkunde wurde durch den unterfertigten No-
„tar (Amtsnotar) abgefaßt, von ihm den vertragschließenden Per-
„sonen (Komparenten) in Gegenwart der Zeugen N. N. und N. N.

Digitized by Google

„vorgelesen und nach Genehmigung des Inhalts die in der Ver-
„wahrung des Notars (Amtsnotars) verbleibende Urschrift von
„allen Mitwirkenden unterzeichnet." (Folgen die Unterschriften.)

Kann eine der vertragschließenden Personen nicht unterschreiben, so hat der stipulirende Notar obiger Formel den Zusatz beizufügen: . . . . . von allen Mitwirkenden „mit Ausnahme des N. N., „welcher erklärt hat, nicht unterschreiben zu können", unterzeichnet.

III.

Die Ausfertigung der Urkunde muß nicht nur eine wortgetreue, sondern auch eine vollständige Reproduktion der Urschrift sein. Sie soll also namentlich auch die sämmtlichen am Ende der Urschrift enthaltenen Unterschriften mit den bei den Kontrahenten und Instrumentszeugen üblichen Abkürzungen der Vornamen wiedergeben. Als passende Formel empfiehlt sich folgende:

„In der Urschrift unterzeichnet: Jak. Peter, Peter Jakob, „Christian Frieden, Friedr. Christen, Sigmund Lebrecht, Notar „(Amtsnotar)."

Dann folgt die Ausfertigungsformel, als welche sich empfiehlt: „Für getreue Ausfertigung." Handelt es sich um einen synallagmatischen oder zweiseitigen Vertrag (Kauf-, Tausch-, Erb-, Theilungs-, Mieth-, Pacht-, Dienst-, Werk-, Verlags-, Hinterlegungs-, Leibrenten- oder Gesellschaftsvertrag) und verlangen die verschiedenen Interessenten je ein Doppel der Ausfertigung, so ist die Zweckbestimmung jedes Doppels in der Ausfertigungsformel deutlich anzugeben, wie z. B. „als Forderungstitel", „als Eigenthumstitel", „zu Handen des Verpächters", „zu Handen des Miethers" u. s. w.

Die Ausfertigung ist mit der vollständigen, im Paraphenbuch eingetragenen Unterschrift des Notars und seinem Handzeichen zu versehen, damit jederzeit eine Legalisation derselben eingeholt werden kann.

IV.

Ausgenommen bei synallagmatischen Verträgen und der üblich gewordenen Ausgabe von Partialen bei Hypothekargeschäften ist es, um Mißbrauch im Verkehr mit dritten Personen zu verhüten, strenge untersagt, jeweilen mehr als Eine Ausfertigung der Urkunde zu bewerkstelligen, bei Folge der Verantwortlichkeit für allen Schaden und scharfer disziplinarischer Ahndung im Widerhandlungsfalle. Handelt es sich um einen zwei- oder mehrseitigen Vertrag und werden in Folge dessen von den Interessenten verschiedene Doppel der Ausfertigung verlangt, so ist das daherige Begehren, wenn immer möglich, im Konzepte der Urkunde, un-

Digitized by Google

mittelbar vor dem Bestätigungsverbal, aufzunehmen, zu welchem Zwecke der stipulirende Notar die geeignete Frage an die Kontrahenten stellt. In allen Fällen haben die Notarien auf dem Konzepte links oben in margine zu verbalisiren, wann und zu wessen Handen und eventuell in wie vielen Doppeln die Ausfertigung erfolgt sei; dieses Verbal ist zu datiren und von dem Notar zu unterzeichnen; seine Bedeutung liegt wesentlich darin, unberechtigte Ausfertigungen der Urkunde unmöglich zu machen und dadurch die im Notariat begründete Sicherheit des Verkehrs mit öffentlichen Urkunden zu befestigen.

Die Justizdirektion gibt sich der Erwartung hin, daß den vorenthaltenen Weisungen pünktlich nachgelebt und daß überhaupt bei der Errichtung und Ausfertigung notarieller Vertragsinstrumente mit derjenigen Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit zu Werke gegangen werde, welche einzig geeignet sind, dem Notariat in den Augen des Publikums einen bleibenden Werth zu sichern.

Literarische Anzeigen.

Vom Herausgeber.

(Fortsetzung.)

Die erste Auflage des **Kommentars von Schneider und Fick** ist, wie zu erwarten, rasch vergriffen gewesen und schon ist die zweite Auflage in raschem Vorschreiten.*) Professor Schneider bemerkt in der Vorrede zu derselben. daß sie ihm den willkommenen Anlaß biete, das Ergebniß einer eingehenden Revision des Kommentars zur allgemeinen Kenntniß zu bringen, das Verzeichniß der einschlägigen Literatur möglichst nachzuführen und die Resultate derselben soviel es der Zweck des Kommentars und der Respekt vor fremdem geistigem Eigenthum gestatteten, zu benutzen. In den einzelnen Artikeln suchte er Zweifel, die ihm zur Kenntniß gebracht worden sind, zu beseitigen und dagegen Anderes was sich eher von selbst zu verstehen schien, wegzulassen, auch Ungenauigkeiten und Fehler zu verbessern. An passend scheinenden Stellen sind die zutreffenden Erörterungen von Haberstich und von Vogt's Anleitung citirt worden. In größerem Maße als vorher sind die Artikel des Gesetzes mit einander verglichen worden.

In der That ist diese neue Auflage schon dadurch von hohem Werth, daß mit großer Vollständigkeit alles seit der ersten Auf-

*) Siehe S. 311 hievon.

Digitized by Google

lage erschienene literarische Material über das O.-R. und das Gesetz betr. Handlungsfähigkeit aufgezählt und benutzt ist. Zu den Besprechungen von Hilty's Statuten von Aktiengesellschaften (S. 31) wäre noch zu erwähnen Repertorio di Giurisprudenza Patria, Fascicolo 6 vom 31. März 1883, und A. R. in der Berner Post vom 26. Dezember 1882. Der Recensent im ersteren Organ findet, es sei irrig, Hrn. Hilty zu tadeln wegen des Vorschlages, daß die Statuten angeben sollen, aus wie viel Aktien und Obligationen sich das Gesellschaftskapital zusammensetzt. Die Frage, welche Hr. Hilty aufwerfe, sei nicht die, ob die Obligationen Schulden der Gesellschaft darstellen — dies sei selbstverständlich — sondern: ob eine Aktiengesellschaft sich von vornherein mit einer gewissen Zahl von Aktien und Obligationen konstituiren könne, ob das Bundesgesetz dies gestatte? Es frage sich in der That a) ob das O.-R. vorschreibt, daß das ganze Gesellschaftskapital einer neu zu gründenden A.-G. aus reinen Aktien bestehen müsse, b) ob die Aktiengesellschaften welche bisher laut Statuten ein aus Aktien und Obligationen zusammengesetztes Gesellschaftskapital haben, den bezüglichen Artikel abändern müssen. Der Recensent zaudert nicht anzunehmen, daß die Zulässigkeit einer solchen Gründung auch in Zukunft den wachsenden Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechen würde. Wir denken, die mindestens ungenaue Bezeichnung des Geschäfts- oder Betriebskapitals eines Aktienunternehmens als „Gesellschaftskapital" müsse jedenfalls bei zu gründenden, wie bei schon existirenden Gesellschaften durchaus vermieden, resp. baldigst berichtigt werden.

Sehr wichtig ist die S. 32 ff. gegebene Zusammenstellung der Einführungsgesetze zum O.-R. und H.-F.-Ges. in den Kantonen, wobei unter Bern die Vorarbeiten der HH. Vogt und Juillard zu erwähnen gewesen wären, wogegen die Redaktion des ganzen Einführungsgesetzes, wie auch desjenigen von Waadt S. 34, irrig dem letzteren zugeschrieben wird. Zu Bern wäre auch noch die revidirte C.-P.-O. sammt Botschaft vom 2. April 1883 nachzutragen.

Die Anmerkungen selbst haben ganz erhebliche Erweiterungen und zum Theil Berichtigungen erfahren. Für den Berner Juristen sind die Verweisungen auf die Vogt'sche Anleitung, die zum raschen Nachschlagen nicht eben bequem eingerichtet ist, und auf das Einführungsgesetz, sehr werthvoll.

Von **Hafner's Kommentar** (siehe Bd. XVIII. S. 544 dieser Zeitschrift) ist endlich im Frühsommer die sehnlich erwartete zweite und Schlußlieferung erschienen und hat unsere Erwartungen

Digitized by Google

reichlich erfüllt. Reich an Verweisungen auf parallele Bestimmungen des Gesetzes selbst, auf ergänzende kantonale Gesetze, namentlich für Zürich, auswärtiger Gesetzgebungen und die wissenschaftliche Literatur, wird dieses in der Form äußerst kompendiöse Büchlein der unzertrennliche Gefährte des Schweizer Juristen werden.

Nicht gleiches Lob wie die vorerwähnten Kommentare verdient **Reuward Meyer, Fürsprech, die schweizerische Wechselordnung nach dem neuen Obligationenrecht mit Erläuterungen.** Luzern 1883.

„Eine gründliche Belehrung," meint der Verfasser im Vorwort, „über die Natur und Bedeutung des Wechsels, eine in klarer und gemeinverständlicher Sprache verfaßte Anweisung in Allem, was man beim Wechselverkehr zu beachten hat" — sei nebst einiger Vorsicht — das wirksamste Mittel zur Abwendung der Gefahren, welche die allgemeine Wechselfähigkeit mit sich bringe. Wir möchten Angesichts dieser „Anweisung" die Vorsicht auch in erste Linie stellen, nämlich die Vorsicht im Gebrauch derselben, da sie von Ungenauigkeiten und Irrthümern strotzt. Schon der Titel ist ungenau. Von einer schweizer. Wechselordnung konnte man streng genommen schon früher nicht sprechen, sondern nur von einem Kokordatsentwurf, der in einigen Kantonen zum Gesetz erhoben worden war; jetzt aber bildet das Wechselrecht einen Titel des Obligationenrechts. Doch das ist nicht von großer Bedeutung. Gehen wir zur Einleitung über, welche „bestimmt ist, demjenigen, welcher mit dem Wechsel nicht oder weniger vertraut ist, eine gedrängte Darstellung des Wechsels zu bieten". Da wird zunächst die Geschichte des W. in 11 Zeilen abgemacht, die dem mit der Sache nicht Vertrauten keinerlei Begriff derselben beibringt. Dann folgt die Begriffsbestimmung des Wechsels in folgenden Worten: „Der Wechsel enthält zunächst die Erklärung, an einem bestimmten Tage und Orte eine gewisse Geldsumme zu bezahlen."

Wie diese an sich unklare Definition auf die Tratte, welche doch die Hauptart des Wechsels ist, Anwendung finden soll, erspart sich der Verfasser auseinanderzusetzen, sondern läßt dann Tratte und Eigenwechsel wie Hauptformen von Wechseln auftreten. Die wechselmäßige Anweisung wird der Tratte an die Seite gestellt, ohne zu bedenken daß dies Papier im O.-R. keine Stelle gefunden hat. Wo von den fremden Wechselgesetzen die Rede ist (S. XV.), wird die englische Wechselordnung vom Jahre 1882 gänzlich ignorirt und behauptet, das englische Wechselrecht bestehe lediglich in Usancen, gerichtlichen Entscheiden und vielen Parlamentsakten. Ebensowenig kennt Verfasser das Wechselgesetz von Italien (im Cod. di commercio vom 2. April 1882),

Digitized by Google

welches auf Grundlage der deutschen W.-O. steht, während er es noch zu dem Gebiet des französischen Code de commerce zählt. Ueberhaupt hat er die zahlreichen neuern gesetzgeberischen Arbeiten in dieser Materie keiner Beachtung gewürdigt. Die Erläuterungen selbst leiden oft an großer Schwäche in der Redaktion. Was heißt es z. B. wenn S. 13, betr. Usowechsel folgender Satz steht:

„Wo solche Wechsel im Ausland zulässig, müssen — sofern sie dort auf einen Ort gezogen werden, selbst wo sie dem Gesetze nicht entsprechen, als gültig behandelt werden." (Sic!)

Und weiter unten:

„Bei den verschiedenen Verfalltagen einer zu zahlenden Summe sind deßhalb auch verschiedene Wechsel auszustellen."

Bedenklicher sind eigentliche Unrichtigkeiten, wie z. B. wenn S. 15 gesagt wird, „die Unterschrift eines Stellvertreters müsse mindestens von einem Prokuraträger herrühren", während vermöge Spezialvollmacht auch ein anderer Handlungsbevollmächtigter die Firma mit einem entsprechenden Zusatze zeichnen kann; wenn S. 24 zu den Obliegenheiten des Trassanten die Ausfertigung und Uebergabe des Wechsels u. s. w. gerechnet wird, wenn S. 82 die Art. 746 und 767 O.-R. als Beweis dafür angeführt werden, daß das schweiz. Gesetz im Gegensatz zur deutschen W.-O. den springenden Regreß modifizire, eine Bemerkung, die nur auf §§ 26 und 50 des Konkordatsentwurfs, resp. der luz. W.-O. paßte, oder wenn ein Formular für einen Check gegeben wird, welchem zwei wesentliche gesetzliche Erfordernisse fehlen.

Die Arbeit ist offenbar eine nicht genügend revidirte neue Ausgabe des vom Verfasser früher zur Luzerner W.-O. von 1860 verfaßten Kommentars und durchaus nicht ohne allen Werth, obschon ihr Originalität und wissenschaftliche Schärfe abgeht.

Gegenwärtig sind die Kommentare zur deutschen W.-O. für uns noch mehr als bisher brauchbar. Es ist als neuestes Werk über diese Lehre zu verzeichnen: **Dr. Oskar Wächter, das Wechselrecht des deutschen Reichs mit eingehender Berücksichtigung der neuen Gesetzgebungen, Stuttgart 1883.** Der auf den Gebieten des Wechselrechts und des Verlags- und Urheberrechts schon längst rühmlich bekannte Sohn des großen Kanzlers Wächter liefert hier in systematischer Ordnung ein Werk über die einschlägige Materie, das er als eine Ergänzung, vielfach auch Richtigstellung seiner frühern Darstellungen des Wechselrechts bezeichnet. Wir hätten nicht geglaubt, daß es nöthig sein würde, der vortrefflichen Encyklopädie (1880) schon wieder einen Nachfolger zu geben. Ein bequemes Hülfsmittel zur Benutzung der deutschen Rechtsprechung

Digitized by Google

betr. Wechselrecht bietet **Fuchsberger, die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes** (Bd. 1 bis 25), Gießen 1881, 448 S.

Prof. Dr. König hat den ersten Theil seines **Kommentars zum bern. Erbrecht** erscheinen lassen, welcher die allgemeinen Bestimmungen, das Notherbrecht und die Lehre von den letzten Willensverordnungen enthält. Der schwierige und kontroversenreiche Stoff ist mit größter Vollständigkeit behandelt und es bildet das Buch eine reiche Fundgrube von wissenswerthen Mittheilungen aus der Praxis des bern. Obergerichts und anderer Schweizerkantone sowie ausländischer Gerichte, ferner Gegenüberstellung der verschiedenen kantonalen und fremden Gesetzgebungen. Die bernischen Satzungen sind nach allen Seiten hin erörtert und die Fragen, welche gerichtlich noch nicht entschieden worden, selbstständig auf Grundlage der Prinzipien untersucht. Im Notherbrecht sind die einzelnen Erbfälle mit ihren möglichen Gestaltungen sehr anschaulich dargestellt. Ueber die Testamente von Blinden, Stummen, Tauben und Taubstummen und über die Verantwortlichkeit des Notars sind besondere Exkurse eingeschoben. S. 100 ff. sind auch Formulare für Zeugenbescheinigungen gegeben, welche gemäß der Erfahrung praktisch wichtig sind. Das Recht der Familienkisten, der Substitutionen, der gemeinschaftlichen Testamente, der Kollation u. s. w. erfährt gegenüber den bisherigen Lehr- und Handbüchern des bern. Rechts manche Ergänzung und wohl auch Berichtigung. Ueberhaupt liegt eigentlich kein bloßer Kommentar mehr vor, sondern ein vollständiges Handbuch, dem nur die systematische Form fehlt. Das Werk ist nicht nur für den Berner Juristen, sondern auch für die Kollegen in den andern Kantonen, insbesondere in Luzern, Solothurn und Aargau, äußerst brauchbar, da die Praxis und Litteratur der letztern reichlich angeführt wird. Die Kritik der bernischen Rechtsprechung geht in der Form nicht selten über das Ziel des Gebräuchlichen hinaus, was dem Werk nicht zur Zierde gereicht. Durch Befolgung der in andern derartigen Werken üblichen Abtheilung und Gruppirung des Notenmaterials, Anführung der kommentirten Satzung in der Seitenüberschrift u. s. w. würde die Benutzung bedeutend erleichtert.

Sträuli, Dr. E., Obergerichtspräsident, **Kommentar zum Gesetze betr. die zürcherische Rechtspflege** vom 2. Christmonat 1874 und 13. Brachmonat 1880. Winterthur, Bleuler-Hausheer & Cie. 1883, 570 S. gr. 8°.

Digitized by Google

Ein treffliches Pendant zu Ullmer's Komm. zum privatrechtlichen Gesetzbuch des Kts. Zürich. Der Verfasser hat „an die einzelnen Paragraphen des Gesetzes die theils ausführenden, theils abweichenden Bestimmungen anderer Gesetze und die das Gesetz vollziehenden Verordnungen, Reglemente, Kreisschreiben ꝛc., kurz die Beschlüsse allgemein verbindlicher Natur, sowie die auf die betreffenden Gesetzesstellen Bezug habenden Entscheidungen konkreter Fälle, je unter besondern Nummern angereiht und zwar, behufs Hervorhebung dieses Unterschiedes, die erstern in kleiner, die letztern in mittelgroßer Schrift." Das Gesetz umfaßt in vier Büchern und 1200 Paragraphen:

1. Das Gerichtswesen im Allgemeinen (Gerichtsorganisation, allg. Vorschriften über das Verfahren).
2. Civilprozeßordnung.
3. Strafprozeßordnung.
4. Besoldungen und Gebühren.

Die Art der Züricher Rechtsprechung genießt durch ihre Schärfe und Wissenschaftlichkeit mit Recht eines vortrefflichen Rufes und es ist daher von Interesse, ihre Thätigkeit in prozessualischen Fragen zu beobachten. Auch haben die Entscheidungen über Fragen des allgemeinen Prozeßrechts eine über die Grenzen des Kantons Zürich hinausreichende praktische Bedeutung. Sein Verhältniß zu Meili's, früher in dieser Zeitschrift besprochenem Buche charakterisirt der Verfasser dahin, daß dieses, weil mehr eine Kritik der Gesetze und nur Entscheidungen aus den letzten Jahren enthaltend, die Verfolgung seines Planes nicht überflüssig zu machen geschienen habe. — In der That haben beide Werke neben einander ihre volle Berechtigung. — Das vorliegende Buch ist übrigens — wie auch Hafner's Kommentar — in typographischer Beziehung musterhaft ausgestattet.

Marcusen, Dr. Woldemar, **die Lehre von der hereditas jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio pro herede.** Bern, Haller 1883. 158 S.

Der Verfasser geht davon aus, daß durch den Tod einer Person nach altrömischer Vorstellung deren Vermögen herrenlos geworden sei, dem zufolge jeder Ueberlebende bis zum Momente der Besitzergreifung eines gesetzlichen oder Testamentserben habe zugreifen und durch die usucapio pro herede sich selbst zum Erben machen können. Er entwickelt dann, hauptsächlich an der Hand Ihering's, wie das Interregnum, welches durch das Auseinanderliegen von delatio und aditio beim heres voluntarius herbeigeführt wird, zuerst durch die Fiktion, daß der Erbe bereits

Digitized by Google

angetreten, dann, seit Julianus, umgekehrt durch die Fiktion, daß die Person des Erblassers noch fortdaure, indem die hereditas jacens selbst zu diesem Zwecke eine beschränkte Persönlichkeit erhalte, und durch die Retrotraktion des nachherigen Erbschaftsantrittes auf den Moment des Todes des Erblassers beseitigt worden sei. Der Schwerpunkt der Abhandlung liegt in diesen letzten Ausführungen, die auch sehr ansprechend die Aufeinanderfolge der verschiedenen Konstruktionen römischer Juristen vor Augen führen, die abweichenden Ansichten Savigny's, Puchta's, Scheurl's, Wächter's, Köppen's, Unger's, auch Lassalle's und auch die weniger bedeutenden Divergenzen Ihering's wiedergeben und bekämpfen. — Im Einzelnen ist die Untersuchung zu wenig sorgfältig ausgearbeitet, was schon durch die Unmasse von Druckfehlern verrathen wird, welche wie Trichinen das ganze Buch durchsetzen und oft, namentlich in den lateinischen Stellen, recht störend wirken, aber auch im Inhalt, besonders in dem Theile, welcher von der *usucapio pro herede* handelt, zu Tage tritt.

Ueberhaupt ist dieser Theil der übrigen Arbeit nicht ebenbürtig. Der Verfasser hat dabei auch die neuern Arbeiten von Schirmer, Hölder u. A. nicht benützt, die ihm gute Dienste hätten leisten können. Er sagt, daß in der älteren Zeit dem Römer die Erklärung des letzten Willens als etwas Exorbitantes erschienen sei, das nur durch Erhebung zum Gesetz habe zu Kräften kommen können. Mag man nun auch über die Annahme Wächters, daß in Rom wie in Deutschland das Intestaterbrecht das ursprüngliche gewesen sei, denken wie man will, so steht jedenfalls Marcusen, wie ich glaube, mit Recht, auf dem Standpunkte, daß nach römischer Anschauung das Testament die Regel, die Intestatsuccession die Ausnahme sei, und führt dies ja auch später sehr gut im Gegensatz zum deutschen Rechte aus, und es ist (gegen Mommsen) längst darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Testament, welches in calatis comitiis errichtet wurde, durchaus nicht als Gesetz betrachtet werden kann, da ja keine Rogation, also auch keine Willenäußerung des Volkes, nur stummes Zeugniß desselben, stattfand.

Schwer zu beweisen dürfte auch der Satz sein, daß die usucapio pro herede ursprünglich nicht bis zur Besitzergreifung, sondern nur bis zum Antritte des Erbes, möglich gewesen sei, und daß die mala fides „meistens eine wesentliche Voraussetzung der u. p. h." sei. Darüber will ich mit dem Verfasser nicht rechten, daß er die noch nicht erworbene Erbschaft immer res nullius nennt, denn das geschieht ganz allgemein; aber ich möchte doch darauf aufmerksam machen, daß dieselbe in den Quellen nirgends

Digitized by Google

mit diesem terminus technicus belegt, sondern stets als nullius in bonis u. dgl. bezeichnet wird, und das, wie ich glaube, mit Absicht, damit deutlich sei, daß durch bloße Occupation noch kein Eigenthum an den körperlichen Sachen einer solchen Erbschaft erworben werde.

Auf allgemeinern Widerspruch dürfte dagegen der Verfasser stoßen, wenn er aus Gaj. II, 53 folgert, daß die u. p. h. erst später auf Erbschaftsgrundstücke, und im Widerspruch mit den 12 Tafeln, ausgedehnt worden sei; die hereditas mit Inbegriff der Grundstücke erschien hier gewiß von Anfang an als eine der ceterae res der 12 Tafeln. Und wenn der Verfasser annimmt, daß gerade das Hereinziehen der Grundstücke in das Privateigenthum und damit in die u. p. h. der letzteren gegen Ende der Republik ein Ende gemacht habe, so ist zu erinnern, daß jedenfalls zu dieser Zeit das Privatgrundstück schon seit Jahrhunderten (Mommsen nimmt an seit der servianischen Verfassung) vorkam, dessen Auftreten also unmöglich Ursache des Verschwindens der u. p. h. sein kann.

Wenn ich von zu wenig sorgfältiger Ausführung gesprochen habe, so verweise ich beispielsweise darauf, daß p. 57 und 58 die l. 1 § 5 de acq. poss. als Beweis dafür angerufen wird, daß man auch durch die Apprehension eines infans oder furiosus Besitz erwerben könne, während die Stelle offenbar diese Eigenschaften beim *dominus* resp. pat. fam. voraussetzt; daß ferner (p. 61) durch l. 11, § 2 de acceptil. bewiesen werden soll, der Erschaftssklave könne eine Summe, die sich der Erblasser hat stipuliren lassen, acceptiferiren (sonderbare Weise: durch Stipulation?), während die Stelle ganz deutlich von diesem Sklaven sagt acceptum *rogat*, also nicht er, sondern der Gegner acceptiferirt; daß p. 75 die Worte der l. 4 de divers. temp. praescr. nil factum erit quominus cum his agi possit übersetzt werden „nichts gethan wird, um jene Klage zu ermöglichen"; daß p. 77 gesagt wird, Celsus habe „diese Theorie", unter welcher man nach dem Vorhergegangenen die des Proculus verstehen muß, angenommen, während gleich die Belegstelle, l. 193 de R. J., zeigt und übrigens auch der Verfasser selbst an verschiedenen Stellen sagt, daß Celsus gerade umgekehrt der Ansicht des Cassius sich anschloß.

Es ist Schade, daß diese Versehen nicht beseitigt worden sind; der aufmerksame Leser wird indessen über denselben gewiß nicht vergessen, daß die Arbeit die Lehre von der hereditas jacens gefördert und namentlich in ihrer Entwicklungsgeschichte klar gelegt hat.

Aug. 1883. Prof. Schneider.

Digitized by Google

Juristenversammlungen.

Der Schweizer Juristenverein verhandelte in seiner Hauptversammlung vom 3. und 4. Sept. zu St. Gallen vorerst über das Verhältniß der Formvorschriften des eidg. Obligationenrechts zu den kantonalen Beweisvorschriften. Allgemein war man darüber einverstanden, daß die Formen der öffentlichen Beurkundung dem kantonalen Recht überlassen seien, ebenso die Vorschriften über Beweiskraft der Haus- und Handlungsbücher. Allgemein war auch das Gefühl der Enttäuschung wegen der Schwierigkeiten, auf welche die Anwendung des O. R. in praxi wegen der so verschiedenen Beweisregeln der kantonalen Gesetzgebungen stoßen wird. Entweder nämlich wird in das kantonale Beweisrecht, insbesondere der Westschweiz, ein fataler Riß gebracht, sofern für die solennen Verträge des O. R. bloße Privatunterschrift, resp. beglaubigtes Handzeichen als genügend erklärt wird, während in Bezug auf Privaturkunden über anderweitige Rechtsgeschäfte die besondern Erfordernisse des französischen Rechts (dessen Grundsätze in Genf, Waadt, Wallis, Neuenburg, Freiburg mehr oder minder modifizirt gelten) in Geltung bleiben würden; — oder aber es wird in Gemäßheit sämmtlicher kantonalen Einführungserlasse zum O. R. die fortdauernde Geltung der kantonalen Beweisregeln hinsichtlich aller Privaturkunden festgehalten, was eine Störung der einheitlichen Rechtsanwendung zur Folge hat. — Es machte sich überhaupt das Gefühl geltend, daß der Zustand der Rechtspflege in der Schweiz erst durch einheitliche Prozeßordnung und Gerichtsorganisation in dem gehofften Maße gefördert werden dürfte und daß, was uns in der Schweiz Noth thut, weniger die fein ausgedachten und elegant redigirten Gesetze, als geachtete und fähige, politisch unabhängige, juristisch gebildete Richter und ein strammer Rechtsgang sei. Deutschland hat in dieser Beziehung gewiß einen richtigern Weg eingeschlagen indem es erst nach Unifikation des Prozesses und der Gerichtsverfassung an die Ausarbeitung eines einheitlichen Civilgesetzbuches schritt. So konnte Herr Carrard in seinem Korreferate nicht ohne Grund behaupten: La Confédération n'a pas eu la force de promulguer un code applicable uniformément dans toute la Suisse. Elle a entrepris témérairement et prématurément une tâche qu'elle était impuissante à bien accomplir.

Beschlüsse über die das Diskussionsthema bildende Frage selbst wurden nicht gefaßt, dagegen dem Vorstand folgende Motionen zur Begutachtung resp. Vollziehung überwiesen:

Digitized by Google

1. Der h. Bundesrath möchte den Vorstudien und Vorarbeiten, welche der Durchführung einer größern Einheit des Rechts in seinen verschiedenen Gebieten nothwendig vorangehen müssen, schon jetzt seine volle Aufmerksamkeit schenken und dieselben in möglichst umfassender Weise vornehmen lassen (Motion des Hrn. Prof. König).

2. Aufstellung eines ständigen Sekretärs des Juristenvereins für Sammlung und Aufbewahrung aller kantonalen Gesetze und von Referenten in den Kantonen, welche den Sekretär auf dem Laufenden zu halten haben (Motion Hilty).

Noch weniger Uebereinstimmung zeigte sich am folgenden Tage bei Besprechung der strafrechtlichen Folgen des Konkurses. Der Referent, Oberrichter Dr. Zürcher (Zürich) zeigte, wie historisch in den deutschen Kantonen der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte als Folge der Nichtbefriedigung der Gläubiger an die Stelle der frühern Landesverweisung, des „Ausschwörens", getreten ist und als allgemeine Folge jedes Konkurses, abgesehen von den besondern Strafen des leichtsinnigen und betrügerischen Bankerotts sich bis in die neuere Zeit in den meisten derselben erhalten hat, trotzdem im übrigen das Prinzip der Personalexekution demjenigen der generellen Realexekution gewichen ist. Wo der Schuldner nichts hat, tritt eben an die Stelle reeller Befriedigung die Befriedigung des Rachegefühls, zu welchem sich das verletzte Rechtsgefühl steigert. Der Konkursprozeß der romanischen Kantone schloß sich dagegen, soweit überhaupt ein solcher aufkam, mehr an das römisch-rechtliche Institut der bonorum cessio an, ein beneficium für den Schuldner, der sich mit dieser freiwilligen Güterabtretung der Einzelexekutionen und der Leibhaft erwehren konnte. Daher sind hier die Ehrenfolgen unbekannt. In Tessin, Neuenburg und Genf sind mit der einfachen faillite keinerlei ehrenschmälernde Folgen verbunden. Die übrigen Kantone bilden eine Stufenleiter, in welcher Bern, Luzern, Uri, Nidwalden, Glarus, Zug, Freiburg, Baselland und Aargau den Gipfel der Strenge repräsentiren, indem sie die Ehrenfolgen des Konkurses durch den Nachweis unverschuldeten Unglücks nicht abwenden lassen, während in Zürich die Einstellung bis auf höchstens 10 Jahre und nur auf geleisteten Beweis des Verschuldens hin vom Gericht ausgesprochen werden kann. Die Praxis ist äußerst milde und es wird das leichtsinnige Schuldenmachen dadurch befördert. Das richtige System hat offenbar Basel-Stadt, welches folgende Grundsätze aufstellt: Die regelmäßige Folge des Falliments ist zehnjährige Einstellung im Aktivbürgerrecht. Der Konkursit, der sein Nichtverschulden nachweist, kann ganzen oder theil-

Digitized by Google

weisen Nachlaß dieser Ehrenfolge erlangen; umgekehrt kann das Gericht unter erschwerenden Umständen die Strafe erhöhen. Rehabilitation wird ertheilt, wenn Bescheinigung der Kreditoren, daß sie befriedigt seien, beigebracht wird und der Kridar im Laufe des letzten Jahres nicht betrieben worden ist.*) — Der Schluß des Referenten: „Die politischen Ehrenfolgen und andere Strafarten als Folgen des Konkurses an sich sind fallen zu lassen," — fand lebhaften Widerspruch, namentlich auch vom politischen Gesichtspunkte Seitens des Hrn. Prof. Hilty.

Der Berner Juristenverein wird Samstag den 27. Oktober in Bern zusammentreten, um über die Frage der Gerichtsorganisation mit Rücksicht auf die Verfassungsrevision zu diskutiren. Als Referenten werden die Herren Fürsprecher Alex. Reichel und Fr. Hofer auftreten. —

Das von Hrn. Bezirksprokurator Jahn angefertigte Generalregister zu Bd. 8 bis 17 dieser Zeitschrift ist druckfertig und es wird ein dießbezüglicher Antrag ebenfalls der bevorstehenden Hauptversammlung des Juristenvereins vorgelegt werden.

*) Aehnlich der vom Großen Rath am 30. März beanstandete § 603 a der bern. Novelle zum V.-V. — Die Diskussion, Tagbl. S. 224 ff., ist beachtenswerth. — Andererseits bieten die Verhandlungen des schweiz. Jur.-Ver. manche Belehrung für den bern. Gesetzgeber.

Mittheilung.

Der Vorstand des schweiz. Juristenvereins hat am 7. Oktober l. J. beschlossen:

1. Die Frage der Kultussteuern nochmals zur öffentlichen Bewerbung als Preisaufgabe auszuschreiben.

2. Als zweite Preisaufgabe wird aufgestellt: „Die Einheit des Nachlasses Verstorbener nach eidg. Recht mit besonderer Rücksicht auf den Fall, wo Immobilien in verschiedenen Kantonen liegen.

Eine offizielle Einladung zur Preisbewerbung wird demnächst veröffentlicht werden.

3. Als Diskussionsthemata für die künftiges Jahr in Lausanne abzuhaltende Hauptversammlung wurden aufgestellt:

a) Die gesetzliche Ausführung des Art. 46 der Bundesverfassung (civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen).
b) Die Gesetzgebung über Wucher und Pfandleihanstalten.

Digitized by Google

Zeitschrift
des
Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XIX. 4. Heft. 1883.

Rechtsprechung des bernischen Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.
Jahrgang 1883.

Vom Herausgeber.

1. **Handlungsfähigkeit der mit Kindern versehenen Wittwe. — Eingehung von Schuldverpflichtungen aus Kauf um Viehstücke wird nicht als Kapitalveränderung betrachtet, wenn diese Rechtsgeschäfte zum normalen Betrieb eines landwirthschaftlichen Gewerbes gehören, welchen die Vormundschaftsbehörde stillschweigend genehmigt hat. — Die Eingehung von Darlehnsschulden wird dagegen als unwirksam erklärt, weil nicht bewiesen worden, daß das Darlehn zur ordentlichen Bewirthschaftung des Gutes verwendet worden.**

Weil c. Kinder Moser.

19. Jan. 1883.

Vgl. Ztschr. XII, 177*); VIII, 362.

*) Kläger war auch in diesem Fall Isaak Weil, Viehhändler in Langenthal. Die thatsächlichen Verhältnisse gestalteten sich auch im Uebrigen ganz ähnlich. — Bemerkenswerth ist der Umstand, daß beim Tod der Wittwe Moser, Mutter der Beklagten, ein Schuldenüberschuß von mehr als Fr. 6000 sich erzeigte, während sie im Jahr 1873 über Fr. 6000 reines Vermögen von ihrem Ehemann ererbt hatte. Das Emanzipationsgesetz bietet eben einen ganz ungenügenden Schutz für die Rechte der Kinder. Red.

Digitized by Google

2. Actio Pauliana. — Anfechtung eines von dem Erblasser des Gemeinschuldners abgeschlossenen Veräußerungsgeschäftes über sein ganzes Vermögen.

Masse Feuz c. Burger.

25. Jan. 1883.

Daniel Feuz besaß zu Blumenstein ein Heimwesen und betrieb auf demselben eine Wollenspinnerei. Er erzog den Nathanael Burger wie sein Kind und beschäftigte ihn in seiner Spinnerei. Dies Verhältniß wurde auch nach Burger's Verehelichung (im Jahr 1874) fortgesetzt, und auch die Ehefrau Burger war im Geschäfte behülflich. Im Jahr 1866 hatte Feuz dem Burger eine schriftliche Erklärung zugestellt, laut welcher er „seinen Pflegeknaben N. Burger als Werkführer in der Spinnerei angestellt habe, wofür er ihm per Jahr nebst Kost und beliebigem Trinkgeld Fr. 500 verspreche; diese Fr. 500 sollten jedes Jahr unverzinslich bei Feuz stehen gelassen werden bis zu des letztern Absterben."

Zur nämlichen Zeit stellte Feuz dem Burger auch eine förmliche „Obligation" über Fr. 1120 aus, welchen Betrag Feuz aus einem Sparguthaben Burger's bei der Ersparnißkasse von Seftigen erhoben zu haben erklärte. — Im Verlauf der 70er Jahre gerieth Feuz in bedeutende Bürgschaftsschulden für zahlungsunfähige Personen. Nun schloß er am 9. Oktober 1879 mit N. Burger einen Kaufvertrag ab, folgenden Inhalts: Den Kaufgegenstand bildete das Heimwesen des Feuz mit allen Beweglichkeiten, sowie sämmtliche Schuldforderungen des Verkäufers, „ohne Ausnahme". Der Käufer verpflichtete sich zur lebenslänglichen standesgemäßen Verpflegung und Versorgung des Verkäufers und seiner Ehefrau, eventuell zu Entrichtung eines jährlichen „Schleißes" von Fr. 400 an jedes derselben. Auf Rechnung des „Kaufpreises" von Fr. 12000 übernahm Burger die Bezahlung verschiedener Schuldposten im Betrage von circa Fr. 4000, und die Kaufrestanz von circa Fr. 8000 wurde als „durch Verrechnung der dem Käufer seit 1866 schuldigen Dienstenlöhne und mit Rücksicht auf die übernommene Unterhaltungspflicht" getilgt erklärt. — (Die Liegenschaft scheint bedeutend höhern Werth gehabt zu haben; der Thatbestand des Urtheils enthält hierüber nichts). Anfangs 1880 verstarb Feuz und wurde von seiner Wittwe beerbt. Als diese für die Schulden ihres Ehemannes betrieben wurde, fand sich natürlicherweise kein Vermögen vor und es wurde der Geltstag über sie verhängt. Die Geltstagsgläubiger verlangten nun mittelst Klage

Digitized by Google

gegen N. Burger die Aufhebung des vorerwähnten Kaufvertrages.

Dieselbe wurde vom Appellations- nnd Kassationshof ausgesprochen, gestützt auf nachstehende

Erwägungsgründe:

. . . . Zunächst steht fest, daß eine objektive Schädigung der Gläubiger des Feuz durch jenen Kaufvertrag herbeigeführt worden ist, indem der letztere sich auf diese Weise seines ganzen Vermögens entäußerte. Ebenso ist durch die Verhandlungen in dem bald nachher über die Wittwe Feuz hereingebrochenen Geltstag festgestellt, daß Daniel Feuz zur Zeit des Kaufsabschlusses finanziell hart bedrängt war, namentlich auch infolge von Bürgschaftsschulden, welche theilweise aus neuerer Zeit datirten. Er war also dazumal materiell konkursmäßig, und es liegt in der Natur der Sache, daß ihm diese seine Lage bekannt sein mußte, was denn auch durch die Aussage der Wittwe Feuz zu Art. 22 bestätigt wird. In einer solchen Situation schloß also Daniel Feuz den angefochtenen Kaufvertrag mit Burger ab, welcher allerdings das Gepräge einer betrügerischen Machenschaft nicht verleugnen kann. Vor Allem ergibt sich schon aus dem hier maßgebenden Gutachten der Experten, daß die Liegenschaften nebst Zugaben — auch wenn man die dem Burger überlassenen Aktivaussstände, sowie die Pfandobligation im Betrage von Fr. 771 als zweifelhafte Forderungen in Abzug bringen wollte —, dem Burger bedeutend unter dem wahren Werthe überlassen worden sind. Selbstverständlich kann der Verpfründungsvertrag zu Gunsten der Eheleute Feuz bei Berechnung des Werthes der abgetretenen Vermögensobjekte nicht mit in Anschlag gebracht werden, indem bei der Bestimmung des Kaufpreises auf Fr. 12,000 darauf schon Rücksicht genommen worden ist. Im Weitern liegt aber in casu noch eine andere durch Art. 224 St.-G.-B. verpönte Manipulation des Feuz vor. Indem nämlich der letztere die Kaufrestanz mit den dem Burger seit 1866 geschuldeten Dienstenlöhnen verrechnete, hat er den Käufer Burger vor andern Gläubigern widerrechtlich und planmäßig begünstigt; denn abgesehen von dem Umstande, daß die Lidlohnforderung des Burger laut Schuldverpflichtung vom Mai 1866 erst mit dem Tode das Daniel Feuz fällig werden sollte, hätte dieselbe gemäß § 584 litt. b V.-B. nur zum kleinsten Theile, auf 1 Jahr zurück, im Geltstage einen privilegirten Rang gehabt und wurde somit durch jene Berechnung auf Unkosten besser berechtigter Gläubiger gedeckt. Was endlich die Frage betrifft, ob Burger um die betrügerische Absicht des Feuz bei Abschluß des Kaufvertrages vom 5. Oktober 1875 wußte oder doch hätte wissen können, so muß

Digitized by Google

auch diese Voraussetzung der Paulianischen Klage als gegeben betrachtet werden. Schon der Umstand, daß ihm Feuz sein ganzes Vermögen abtrat, ihn für den Kaufpreis durch Verrechnung quittirte und bloß für sich und seine Ehefrau eine lebenslängliche Versorgung vorbehielt, war dazu angethan, um dem Burger über den betrügerischen Charakter dieses Geschäftes die Augen zu öffnen. Ueberdieß gibt Burger selbst zu, daß bei Abschluß des Kaufvertrages von einer Bürgschaftsschuld des Feuz im Betrage von Fr. 8000 die Rede war, welches Verhältniß der Abtreter Feuz nach dem eigenen Geständniß des Burger „geordnet wissen wollte" (Art. 90 der Hauptvertheidigung). Erwägt man dazu noch das nahe Verhältniß des Burger zu Feuz, sowie daß letzterer sich nachgewiesenermaßen nicht lange vor seinem Tode zu ersterem in dem Sinne äußerte, er solle für ihn, Feuz, keine Bürgschaftsschulden mehr bezahlen, sondern ihn „unter dem Herde*) vergeltstagen lassen", so ist nach alledem kein Zweifel darüber möglich, daß Burger mindestens bei einiger Aufmerksamkeit die Unredlichkeit des Kaufgeschäftes vom 9. Oktober 1871 hätte einsehen können (Art. 228 St.-G.-B.).

Anmerkung. Die Paulianische Klage hat nur die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und von solchen Personen, die von ihm ihre Rechte ableiten, zum Gegenstand (vgl. Art. 224 und 228 St.-G.-B.). In casu war weder eine Handlung bez. Veräußerung der Wittwe Feuz, noch überhaupt Entfremdung von Vermögen in Frage, das jemals dieser zugestanden hätte, sondern eine freigebige Verfügung ihres Erblassers zu Gunsten einer dritten Person. Es hätte daher unseres Erachtens die Aktivlegitimation der kläger'schen Geltstagsmasse mit Grund bestritten werden können. Red.

---

3. Weiberguts-Empfangschein und Herausgabe-Akt. Tradition zwischen Ehegatten. — Anrechnung einer für den Ehemann bezahlten Schuld als Vorempfang der Ehefrau.

A. Bremy (Bekl.) c. Elise Herring (Kl.).

25. Januar 1883.

Ztschr. XVII, 58, 37; XV, 520 und dortige Citate; XVIII, 517.

A. Bremy, Sohn in Zürich ließ am 1. April 1882 bei Wilh. Herring, Kupferschmied in Burgdorf, gewisse Beweglichkeiten

*) „Unter der Erde", d. h. nach seinem Tode.

Digitized by Google

mit Arrest belegen, welche des Schuldners Ehefrau vindizirte, indem sie behauptete, daß ihr dieselben von ihrem Ehemann zu Deckung der Hälfte ihres Zugebrachten kurz zuvor herausgegeben worden seien. Vindikat bestritt die Gültigkeit dieser Herausgabe und des zu Grunde liegenden Empfangscheines sowie die Realität und Höhe des Einbringens. Die Vindikation wurde in beiden Instanzen begründet erklärt. Oberinstanzlich unter Zuspruch von Fr. 50 Schadenersatz aus folgenden

Motiven:

Der Vindikationsbeklagte widersetzt sich dem gegner'schen Vindikationsanspruche, indem er die Richtigkeit des Weibergutsempfangscheines und die Verbindlichkeit des Herausgabeaktes vom 7. März 1882 bestreitet. Nun hat sich aus der Beweisführung ergeben, daß der fragl. Weibergutsempfangschein materiell richtig ist, und die Vindikationsklägerin ihrem Ehemann wirklich eine Summe von Fr. 3326 in die Ehe eingekehrt hat. In dieser Summe ist allerdings inbegriffen eine Bürgschaftsschuld von Fr. 1000, welche die Schwiegermutter des Herring an dessen Stelle bezahlte, allein es muß als durchaus zulässig betrachtet werden, daß eine von den Schwiegereltern des Ehemanns für den letztern geleistete Zahlung ihm als Vorempfang seiner Ehefrau angerechnet wird (vgl. Urth. v. 8. Dez. 1882 i. S. Fr. Straub u. Mith. u. Elise Bigler*), sowie die dort angeführten Urtheile). Was die Förmlichkeiten des Empfangscheines betrifft, so war eine Schatzung der einzelnen Vermögensgegenstände (Satz. 94 C. und Art. 6 des Gesetzes vom 26. Mai 1848) deßhalb nicht nothwendig, weil dieser Empfangschein nur die Grundlage des Herausgabeaktes vom nämlichen Tage bildet und in einem solchen Falle eigentlich nur der letztere in Betracht fällt. Der Empfangschein befindet sich übrigens sonst vollkommen in Ordnung. Ein weiterer Einwand des Vindikationsbeklagten bezieht sich darauf, daß eine Uebergabe von Hand zu Hand der im Herausgabeakt aufgezählten Beweglichkeiten an die Vindikantin nicht stattgefunden habe. Aus den Aussagen der zu Art. 3 abgehörten Zeugen ergibt sich indeß, daß die Tradition der herausgegebenen Gegenstände in aller Form Rechtens vor sich gegangen ist. In casu fehlt freilich ein Moment, welches sonst bei derartigen Vindikationsstreitigkeiten als ausschlaggebend gilt, nämlich die äußerliche Wahrnehmbarkeit des erfolgten Eigenthumsüberganges für jeden Dritten. Es muß nun aber darauf hingewiesen werden, daß die Natur des ehelichen Ver-

*) S. 334 hievor.

Digitized by Google

hältnisses es mit sich bringt, daß die der Ehefrau abgetretenen Beweglichkeiten in der gemeinschaftlichen Wohnung verbleiben und nicht an einen andern Ort geschafft werden können. Diesem Mangel wird denn übrigens dadurch abgeholfen, daß der Herausgabeakt durch Eintragung in das öffentliche Buch der Amtsschreiberei zur Publizität gebracht wird (Art. 5 des Gesetzes vom 26. Mai 1848). —

4. Nachgangserklärung der Ehefrau wirkt nur gegenüber Hypothekargläubigern. — Förmlichkeiten und Zeitpunkt der Ausstellung des Weiberguts-Empfangscheins. — Wer ist Betheiligter beim Einspruchsprozeß?

Ingold u. Mith. c. Maria Käser.

26. Jan. 1883.

Ztschr. IX, 254 ff.; X, 260; XI, 42; XIII, 88; XVI, 428 und dortige Citate.

Die Kläger hatten sich für den Ehemann der Beklagten, J. R. Käser, bei einer Bank für Fr. 30,000 verbürgt und sich vom Schuldner einen Schadlosbrief auf dessen Besitzung Weißenbühl mit Obligationsrang errichten lassen. Hiebei stellte die Beklagte die übliche Nachgangserklärung aus. Am 7. Juli 1880 wurde über Käser provisorisch und am darauffolgenden 1. September definitiv der Gantstag verhängt. Frau Käser verlangte Anweisung im privilegirten Range für Fr. 20,800 als die Hälfte ihres zugebrachten Gutes, welches im Ganzen Fr. 46,600 betragen habe und für das sie folgende Beweismittel vorlegte:

a) Notarialischer Theilungsvertrag über den Nachlaß ihres Vaters, an welchem ihr Antheil betrug: Fr. 38,550. Diesem Akt war eine Empfangsbescheinigung des J. R. Käser vom 7. Januar 1880 nachgetragen, sowie eine undatirte Erklärung der Amtsschreiberei Bern, daß der Empfangschein und die Theilung ihrem wesentlichen Inhalte nach in dem Protokoll über Weiber- und Muttergutsangaben eingetragen sei. Laut einer erst nach Anhebung des Prozesses ausgestellten Erklärung nämlicher Behörde soll diese Eintragung am 3. Februar 1880 stattgefunden haben.

b) Empfangschein vom 14. Juli 1880 über eine Aussteuer im Werth von Fr. 3000, welche zum Theil in Mobilien bestand. Eine Schatzung dieser Mobilien war nicht beigesetzt.

Digitized by Google

Frau Käser wurde in Klasse III voll angewiesen, jedoch nicht auf den Erlös der Weißenbühlbesitzung, welcher von ältern Pfandschulden gänzlich absorbirt wurde.

Die Bürgen Ingold und Genossen lösten die von ihnen verbürgte Schuld ein und verlangten eine der Frau Käser vorgehende Anweisung, wurden aber in Kl. V zur Geduld gewiesen, worauf sie gegen die Anweisung der Frau Käser Einspruch erhoben und dieselbe — einzig — vorluden.

Die Letztere machte zunächst uneinläßlich geltend, daß eine andere Gläubigerin, Wittwe Käser geb. Küpfer, auf deren Anweisung in Kl. V sie für den Fall der Zuerkennung des Einspruchs zurückgreifen müßte, nicht vorgeladen sei; sodann bekämpfte sie den Einspruch aus den nachstehend ersichtlichen Gründen. Sie siegte in oberer Instanz vollständig.

Motive:

a) betreffend die peremtorische Einrede:

Die peremtorische Einrede der Einspruchsbeklagten stützt sich auf die Behauptnng, es seien nicht alle Betheiligten im Sinne des § 594 V.-V. vorgeladen werden. Nun würde aber, selbst angenommen, diese Behauptung sei richtig, keiner der in § 164 P. vorgesehenen Uneinläßlichkeitsgründe vorliegen und die peremtorische Einrede der Beklagten erscheint daher als unbegründet;

b) betreffend die Hauptsache:

In einläßlicher Beziehung ist vorerst die Frage zu prüfen, ob auch die Wittwe Käser geb. Küpfer als eine bei dem vorliegenden Einspruchsstreite betheiligte und gemäß § 594 V.-V. vorzuladende Person zu betrachten ist. Dieß ist nun nicht der Fall, denn bei einem Einspruchsprozesse betheiligt sind nur diejenigen, deren Anweisungen vom Einspruchskläger direkt und unmittelbar angegriffen werden, und an deren Stelle er angewiesen werden will (vgl. Ztschr. Bd. IX, S. 158 ff.*). Diese Einwendung der Beklagten ist daher unstichhaltig und ein weiterer

*) Diese Definition von „Betheiligtsein" im Sinne des § 594 V.-V. kommt auf das Nämliche hinaus, wie die durch Prof. König im citirten Aufsatz gegebene. Letzterer identifizirt Betheiligte und Vorgeladene. Der Einspruchskläger muß alle Diejenigen vorladen, welche, wenn auch nur infolge Aufhebung der Anweisung des einten Gegners, berührt würden; denn diesem wäre es in den meisten Fällen gar nicht möglich, solche Dritte noch rechtzeitig zu adcitiren. Die Unterlassung, solche dritte Betheiligte vorzuladen, kann für den Kläger materiell nachtheilige Folgen haben; in casu war dies nicht der Fall, weil der Einspruch überhaupt nicht begründet erfunden wurde. § 594 V.-V. enthält eine Vorschrift im Interesse des Klägers, nicht der Beklagten. Red.

Digitized by Google

prozedürlich geltend gemachter Einwand, daß der Schadlosbrief vom 7. Januar 1880 von den Klägern nicht rechtzeitig produzirt worden sei, ist heute fallen gelassen worden.

Zur Begründung ihres Einspruchs berufen sich nun die Kläger in erster Linie darauf, es habe die Beklagte in dem vorgedachten Schadlosbriefe zu Gunsten der dadurch versicherten Schuldsumme mit Rücksicht auf ihre privilegirte Weibergutshälfte ganz allgemein den Nachgang erklärt und es müßten daher die Kläger im Geltstage des Ehemannes der Beklagten für ihre Forderung der letztern vorgehend angewiesen werden. Nun wurde allerdings unterm 25. Nov. 1871 vom Appellations- und Kassationshofe ein Urtheil ausgefällt, wonach die Ehefrau auch zu Gunsten anderer als der Pfandgläubiger den Nachgang sollte erklären können. Seither hat sich indeß eine durchaus konstante Praxis des Gerichtshofes in dem Sinne ausgebildet, daß die Nachgangserklärung der Ehefrau sich nur auf den ihr in Kl. III gesetzlich zukommenden Rang beziehe, daß dieselbe daher nur mit Bezug auf die mit ihrer Weibergutsansprache konkurrirenden Pfandforderungen auf ihr Privileg im Geltstage des Ehemannes verzichten könne, nnd es liegt durchaus kein stichhaltiger Grund vor, nunmehr wieder von dieser offenbar einzig richtigen Auffassung abzugehen (vgl. Ztschr. Bd. X, S. 1 und 33 ff. Bd. XI, S. 43). Nun ist die Beklagte auf andere Vermögensobjekte angewiesen worden, als das den Klägern in dem mehrgedachten Schadlosbriefe speziell verschriebene Unterpfand — die Besitzung des Käser im Weißenbühl — und der auf die Nachgangserklärung der Beklagten gestützte Einspruchsgrund der Klägerschaft erweist sich mithin als hinfällig.

Was die eventuellen Einwendungen der Klägerschaft gegen die Gültigkeit der beiden Weibergutsempfangscheine vom 7. Januar 1880 und vom 14. Juli 1880 betrifft, so wird mit Rücksicht auf den erstern bloß die Behauptung aufgestellt, es fehle darin die Bescheinigung, daß derselbe unter einem bestimmten Datum in das öffentliche Buch eingetragen worden sei. Diese Behauptung ist indeß völlig unerheblich, indem im Gesetze nirgends vorgeschrieben wird, daß eine solche Bescheinigung mit Angabe des Datums in den Empfangschein einzutragen sei, es im Gegentheil vollständig genügt, wenn der Empfangschein selbst ein bestimmtes Datum trägt und überhaupt eingeschrieben worden ist. Die Gültigkeit des Empfangscheines vom 14. Juli 1880 sodann wird zunächst aus dem Grunde bestritten, weil derselbe vom Ehemann der Beklagten im Stadium des Geltstagsprovisoriums ausgestellt worden sei. Nun hat aber der Appellations- und Kassationshof von jeher konsequent an der Praxis festgehalten, daß

Digitized by Google

die Ausstellung eines Empfangscheines im Provisorium noch zulässig sei*) und es ist kein Grund vorhanden, gerade in casu von dieser allerdings nicht unangefochten gebliebenen Praxis abzuweichen. Schwerer wiegt der Einwand, daß eine eidliche Schatzung der zugebrachten Beweglichkeiten nicht stattgefunden habe (Satz. 94 C., Art. 6 d. Ges. v. 26. Mai 1848). Indeß geht die Gerichtspraxis dahin, daß von einer Schatzung abgesehen werden könne, wenn das Einbringen und der Werth des Zugebrachten in anderer Weise hergestellt sind (Ztschr. Bd. V, S. 20, Bd. VI, S. 155).

Ganz unstichhaltig ist endlich der letzte Einwand der Kläger, daß der Ehemann Käser der Empfang der Summe von Fr. 3000 als zugebrachtes Gut nicht bescheinigt habe, indem Käser in dem Weibergutsempfangschein vom 14. Juli 1880 wiederholt erklärt, die fragl. Fr. 3000 als Weibergut erhalten zu haben.

5. Für Vermögensbeschädigungen, welche ihre Veranlassung in amtlich angeordneten Arbeiten haben, sind die ausführenden Personen nicht verantwortlich.

Schär u. Reinhard (Bekl.) c. Christen (Kl.).
26. Jan. 1883.)

Mittelst provisorischer Verfügung hatte das Richteramt Aarwangen die Vornahme von Schutzbauten an einem Gewässer angeordnet, um die Beschädigung eines Mühlekanals u. s. w. durch Hochwasser zu verhindern, weil der angeblich Unterhaltungspflichtige die Erstellung der nöthigen Vorkehren verweigerte. Mit Ausführung der Arbeiten beauftragte der Richter den Zimmermann Schär und den Cementarbeiter Reinhard unter Hinweis auf die ihnen als richterlich ernannten Sachverständigen obliegenden Pflichten. Dieselben führten nun gewisse Grabungen, insbesondere einen Noth-

*) In der Novelle vom Jahr 1883 zum V.-V. wird unter dem Abschnitt „Wirkungen des Konkurses" eine Bestimmung vorgeschlagen, welche die mit dem bisherigen Gesetz unvereinbare Praxis zur rechtlichen Gültigkeit erheben und somit Recht und Leben in Einklang setzen soll. Nach Normirung der nichtigen und anfechtbaren Rechtshandlungen des Gemeinschuldners wird nämlich gesagt: „Die Ausstellung eines Empfangscheins über zugebrachtes Gut der Ehefrau, die Versicherung der privilegirten Hälfte desselben und die Herausgabe von Vermögensstücken behufs Deckung dieser Hälfte, welche nach den im alten Kantonstheil geltenden Gesetzen vorgenommen sind, fallen nicht unter die Bestimmungen der vorhergehenden Paragraphen." Vgl. dazu den Bericht des Hrn. Justizdirektors, Tagbl. d. Gr. R. v. 30. März 1883, S. 224.

Digitized by Google

kanal behufs Ableitung der Langeten, aus, zu welchen das Grundstück eines Dritten, F. Christen, in Anspruch genommen werden mußte, und welche nach Angabe des Letztern auch eine Ueberschwemmung und Verschlechterung seines Eigenthums zur Folge hatten. Christen trat nun mit einer Klage gegen die „Sachverständigen" auf, in welcher er Ersatz des ihm von den frühern Litiganten nicht ersetzten Theils des daherigen, auf Fr. 5000 bezifferten Schadens verlangte. Die Beklagten erhoben den Einwand mangelnder Passivlegitimation zur Sache und stellten jedes Verschulden sowie auch die Existenz von Schaden in Abrede. Vom Amtsgericht Aarwangen wurden sie zu Fr. 317. 62 Schadenersatz und Fr. 1782. 46 (!) Kosten verurtheilt. Der Appellations- und Kassationshof dagegen sprach sie von jeder Verantwortung frei. Aus den

Erwägungsgründen

heben wir als wesentlich folgende Stellen hervor:

.... „Also wurden die Beklagten auf Veranlassung des J. und des U. L. durch den kompetenten Richter zur Ausführung der Arbeiten gezwungen, wodurch dem Kläger Schaden erwachsen ist, und dieser Schaden läßt sich daher nicht auf eine willkürliche — folglich nicht auf eine rechtswidrige — Handlung der Beklagten zurückführen. Mithin liegt von Seite der Letztern kein Verschulden mit Bezug auf den dem Kläger entstandenen Schaden vor und es fehlt in Folge dessen an ihrer Passivlegitimation zur gegenwärtigen Klage, indem nach den obigen Ausführungen nur derjenige der richtige Beklagte ist, durch dessen Verschulden dem Kläger ein Schaden entstanden ist."

Im Uebrigen wird auch festgestellt, daß Beklagte weder ihren Auftrag überschritten, noch auch bei Ausführung desselben sich eine Fahrlässigkeit zu Schulden kommen ließen.

6. Der Aussteller einer nachträglich abgeänderten Privaturkunde haftet in Gemäßheit des ursprünglichen Inhalts der Schrift. — Der Bürge, welcher unter Voraussetzung des Hinzutrittes eines zweiten Bürgen sich solidarisch verpflichtet, haftet auf die Hälfte der Schuldsumme.

Krebs c. Aeberhard.

27. Jan. 1883.

Für ein von der Spar- und Leihkasse Thun der Anna Elis. Aeberhard gemachtes Darlehn von Fr. 900 wurde eine notarielle

Digitized by Google

Obligation ausgestellt. Dieser Obligation war die notarielle Beurkundung beigefügt, daß ein gewisser N. Därendinger als Träger einer schriftlichen Vollmacht im Namen des N. Aeberhard und des Jak. Hiltbrand als solidarischer Bürgen das Gelübde an den Notar erstattet habe. Die bezügliche Vollmachtsurkunde und Bürgschaftsverpflichtung trug indeß nur die Unterschrift des Nikl. Aeberhard. Der Cessionar der Spar- und Leihkasse, Krebs, belangte, nachdem er die Urkunde im Sinn einer Alleinbürgschaft abgeändert hatte, Letztern für die ganze Schuldsumme. Die Klage wurde jedoch nur für die Hälfte des Betrages zugesprochen. Auf beidseitige Appellation bestätigte der Appellations- und Kassationshof dieses Urtheil.

Erwägungsgründe:

Die Bürgschaftsverpflichtung mit Vollmacht vom 26. Okt. 1877 ist in ihren wesentlichen Bestandtheilen durch Ausstreichungen und Beisätze, welche der Beklagte nicht anerkennen will, auf sichtbare Weise verändert worden, und es ist dem Kläger der versuchte Nachweis, daß die Unterzeichnung der Urkunde durch den Beklagten erst nach ihrer Veränderung erfolgt sei, völlig mißlungen. Da nun der ursprüngliche Inhalt der Urkunde noch zuverlässig ausgemittelt werden kann, so muß nach § 209 P. dieser allein als maßgebend für die Beurtheilung des vorliegenden Streites angesehen und dem Beklagten seine dahinzielende Beweiseinrede zugesprochen werden.

Nach den bisherigen Erörterungen muß angenommen werden, es habe sich der Beklagte unterm 26. Juni 1877 in Gemeinschaft mit Käsehändler Jak. Hiltbrunner in Amsoldingen für ein von Seite der Spar- und Leihkasse Thun der Anna Elis. Aeberhard geb. Schmidt zu bewilligendes Darlehn von Fr. 900 als unbedingter und solidarischer Bürge verpflichten wollen. Dieses Darlehn wurde denn auch wirklich zu Handen der Frau Aeberhard ausbezahlt und in deren Nutzen verwendet. Es fragt sich daher bloß, welche Bedeutung dem Umstande beizumessen sei, daß der Kläger den ursprünglichen Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung mit Vollmacht in der Weise veränderte, daß er das Datum vom 26. Juni 1878 mit demjenigen vom 26. Oktober 1877 vertauschte und den einen Bürgen Jak. Hiltbrunner wegfallen ließ. Was zunächst die Abänderung des Datums betrifft, so ist dieselbe irrelevant .... Der Beklagte haftet eben auf Grund seiner Willenserklärung, gerade für die in der Urkunde angeführte Darlehnsschuld der Frau Aeberhard sich verpflichten zu wollen, ohne Rücksicht darauf, wann diese Erklärung abgehoben wurde.

Digitized by Google

Schwieriger ist die zweite Frage: welchen Einfluß das Wegfallen eines Mitbürgen mit Bezug auf die bürgschaftliche Haftung des andern Mitbürgen haben soll, welcher die Bürgschaft unter der Voraussetzung einer Mitbürgschaft einging. Während früher die Praxis dahin ging, daß in einem solchen Falle das Erlöschen der bürgschaftlichen Haftung überhaupt anzunehmen sei, weil eben mit dem Wegfall der Voraussetzung, unter welcher die Bürgschaft eingegangen wurde, auch diese letztere dahin fallen müsse, hat sich der hierseitige Gerichtshof in neuerer Zeit auf den Standpunkt gestellt, daß der betreffende Bürge trotz des Wegfalls seines Mitbürgen*) immerhin für denjenigen Antheil an der Bürgschaftsschuld haftbar bleibe, welcher ihm aufgefallen wäre, wenn sein Mitbürge nicht weggefallen sein würde (vgl. das in Ztschr. Bd. XII S. 77 angeführte Urtheil vom 15. Jan. 1875 i. S. d. Erbschaft Luginbühl c. Erbschaft Messerli und die weitern dort citirten Urtheile). Diese Ansicht hat dann auch vom rechtlichen Standpunkte aus Vieles für sich und entspricht jedenfalls der Billigkeit und es ist deßhalb kein Grund vorhanden, heute von der neuern Gerichtspraxis wieder abzugehen.**)

7. Verzicht eines Gläubigers auf sein Grundpfandrecht nach Eintritt des Geltstags des Schuldners ist als durchaus zulässig zu betrachten (vgl. Ztschr. XVIII 350).

Bankkredit. Die von der kreditirenden Bank dem Kreditschuldner in laufender Rechnung gutgeschriebenen Eigenwechsel und Tratten begründen keine Novation des ursprünglichen Schuldverhältnisses. Daher kein Erlöschen der diesem zukommenden Sicherheiten (vgl. Ztschr. XVII 28, 485).

Maurer u. Mith. c. Tschann-Zeerleder & Cie.

1. Febr. 1883.

---

*) Von Wegfall eines gar nicht Verpflichteten kann doch nicht die Rede sein. Red.

**) Vgl. die Ausführungen von Gatschet, Ztschr. VI 33 ff.; dagegen E. Vogt, in Ztschr. XVII 401 ff. — Unsere Judikatur geht von der Voraussetzung aus, daß dem Verpflichteten die Möglichkeit des Regresses vorgeschwebt habe, kümmert sich aber nicht um die konkrete Frage, ob dieser Regreß auch mit praktischem Erfolg im einzelnen Fall hätte durchgeführt werden können. Red.

Digitized by Google

8. Zeugenbeweis unzulässig zur Ergänzung resp. Erläuterung einer letzten Willensverordnung.

Guinand c. Wyfard.

2. Febr. 1883.

Vgl. Ztschr. XV, 522.

3. Der Kläger macht zwei in der letzten Willensverordnung der Julie Monnier, gew. Rentiere in Biel, ausgesetzte Legate geltend ... und faßt dabei den heutigen Beklagten als Universalerben in's Recht, während Letzterer seine Passivlegitimation bestreitet, indem fragl. letzte Willensverordnung gar keine Erbeseinsetzung enthalte, sondern bloß ein Codicill sei, in dem er als Vermächtnißnehmer erscheine.

In Art. 21 seiner Vertheidigung beruft sich der Beklagte auf eine vor Errichtung dieser letzten Willensverordnung in diesem Sinne abgegebene ausdrückliche Erklärung der Erblasserin und ruft zum Beweise hiefür den stipulirenden Notar als Zeugen an.

4. Abgesehen davon, daß dieser Artikel unerheblich erscheint ist jedenfalls dazu ein Zeugenbeweis nicht statthaft. Denn nach § 225 P. ist der Zeugenbeweis nur in Fällen zulässig, wo nicht nach den Bestimmungen des Civilrechts ein Mehreres, wie schriftliche Beurkundung u. dgl. erfordert ist. Und nun schreibt Satz. 557 ff. C. für letzte Willensverordnungen regelmäßig die schriftliche Form vor. Es ist daher unzulässig, den Willen des Erblassers, außer in ausnahmsweisen Fällen, von denen Keiner vorliegt, durch Zeugen herzustellen und darf zu dessen Eruirung und Auslegung bloß die Schrift beigezogen werden. Sonach ist denn auch die vom Kläger erhobene Beweiseinrede begründet (cfr. Urth. i. S. Steffen und. Mith. c. Bettler, vom 8. Februar 1879, Ztschr. 15, pag. 522).

Anmerkung d. Red. Vom 1. Januar 1884 tritt § 225 P. außer Kraft. Das O.-R. bildet kraft § 15 des bern. Einf.-Ges. eine ergänzende Norm nur in Bezug auf „Verträge, welche unter kantonales Recht fallen," nicht in Bezug auf einseitige Rechtsgeschäfte von Todeswegen. Nach § 197, Abs. 2 rev. P. wird der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhalts einer öffentlichen Urkunde gestattet, soweit derselbe nicht durch die Civilgesetze ausgeschlossen ist. Die vorwürfige Frage wäre

Digitized by Google

daher unter der Herrschaft des neuen Rechts in umgekehrtem Sinne zu beantworten.

---

9. Vorempfangs-Natur von Zahlungen, die der Erblasser für einen Notherben gemacht, kann in der Theilung über die elterliche Verlassenschaft geltend gemacht werden gegenüber den Gläubigern des betr. Miterben (Satz. 533 C.).

Erben Lehmann c. Nachgeltstagsmasse Lehmann.

2. Febr. 1883.

Vgl. S. 465 hievor, Ztschr. XI, 172 ff.; s. auch das. XIV, 414; König, Civ.-Ges. erl. III, 53.

10. Vaterschaftsklage. — Appellation gegen ein Kontumazialurtheil. — Gerichtsstand für persönliche Ansprachen. (Art. 59 B.-Verf.)

F. Gugger (Bekl.) c. Anna Dällenbach (Kl.)

3. Febr. 1883.

Anna Dällenbach, wohnhaft in Burgdorf, erließ unterm 19. April 1882 an den Bäcker Friedrich Gugger von Utzenstorf, in Liestal, eine Vorladung vor das Amtsgericht Burgdorf zu Beurtheilung einer Vaterschaftsklage. Die Zustellung erfolgte am 25. gl. Mts. an den Portier des Spitals zu Liestal, in welchem Beklagter damals verpflegt war. Beim Termin blieb der Beklagte aus und wurde nach einer in aller Form Rechtens durchgeführten Kontumazialverhandlung zu den gesetzlichen und üblichen Vaterschaftsleistungen verurtheilt. Nachdem ihm mit Notifikation vom 17. Juni 1882 dieses Urtheil insinuirt worden, erklärte Gugger in einem Briefe an's Amtsgericht Burgdorf die Appellation unter Ankündigung des Rechtsbegehrens: Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die Gegenpartei. Die Appellationsdiligenzen wurden richtig besorgt und demgemäß die Verhandlung vor Appellations- und Kassationshof anberaumt. Hier stellte Fürsprech Häring aus Liestal als Bevollmächtigter des Appellanten folgende Anträge:

1. Es sei das Urtheil des Amtsgerichts Burgdorf vom 7. Juni 1882 als null und nichtig aufzuheben;

Digitized by Google

2. Es sei zu erkennen, die Gegenpartei habe sämmtliche Kosten, sowie eine Entschädigung an den Beklagten, Friedrich Gugger, zu bezahlen.

Fürsprech F. Hofer, welcher die Appellatin assistirte, schloß, falls der Antrag des Appellanten als Kompetenzeinrede betrachtet werde, die Klägerin sei nicht schuldig, sich darauf einzulassen, und sodann auf Bestätignng des erstinstanzlichen Urtheils.

Der Appellations- und Kassationshof erkannte lediglich auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils unter Auflage der Kosten an den Beklagten.

Motive:

Der Beklagte hat gegen das Kontumazialurtheil des Amtsgerichtes Burgdorf vom 7. Juni 1882 ... die Appellation erklärt und Abweisung der Klage verlangt. Aus dem heutigen Vortrage seines Anwaltes geht hervor, daß der Schluß des Beklagten auf Abänderung bezw. Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils sich auf die Bestimmung des **Art. 59 B.-V.** stützt, wonach der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, für persönliche Ansprachen — zu welcher die bernische Vaterschaftsklage nach konstanter bundesrechtlicher Praxis gehört — vor dem Richter seines Wohnorts gesucht werden muß. Nun hat aber der Beklagte nicht nur keine Gerichtsstandseinrede im Sinne des § 141 Ziff. 4 bern. P. erhoben, sondern gegenüber dem erstinstanzlichen Urtheil das Rechtsmittel der Appellation, wodurch nach § 339 P. die materielle Revision bezweckt wird, ergriffen und demgemäß Abweisung der Klage beantragt, woraus die Einlassung des Beklagten in den Streit vor dem bernischen Gerichte zu folgern ist (§§ 18, 145, 149 P.). — Aber auch abgesehen hievon liegt dem Beklagten, welcher sich auf die Bestimmung des Art. 59 B.-V. beruft, selbstverständlich die Pflicht ob, das Vorhandensein der Voraussetzungen zur Anwendbarkeit derselben nachzuweisen. Nun hat in casu die Klägerin keineswegs zugegeben, daß der Beklagte, der seinen festen Wohnsitz in Utzenstorf, Kanton Bern hatte, denselben nach Liestal verlegt habe, sondern vielmehr in dieser Beziehung ihr Nichtwissen erklärt. Es ist daher zu prüfen, ob der daherige Beweis als prozedürlich erbracht zu betrachten sei. Dieß ist nicht der Fall, denn aus den vom Beklagten produzirten Urkunden — Aufenthaltsbewilligung des Statthalteramts Liestal vom 29. April 1881, der Bescheinigung des dortigen Spitalarztes vom 2. Juli 1882 und der Bescheinigung des Friedensrichteramtes vom 3. Juli 1882 — läßt sich nicht nothwendig der Schluß ziehen, daß der Beklagte Liestal zum

Digitized by Google

Mittelpunkt seiner Thätigkeit zu machen, dahin sein Domizil im gemeinrechtlichen Sinne, welches allein den Gerichtsstand des Wohnsitzes begründet (§ 11 P.), zu verlegen beabsichtigte. Vielmehr ist ebenso gut denkbar, daß der Beklagte, ein Arbeiter, Geselle, bloß zeitweilig daselbst seinen Aufenthalt genommen hat, vielleicht sogar um der von der Klägerin gegen ihn angestrengten Vaterschaftsklage zu entgehen (vgl. Schoch, Art. 59 d. B.-V., S. 49 ff. und 72).

Somit ist prozedürlich gar nicht festgestellt, daß der Beklagte in casu berechtigt ist, sich auf den Art. 59 B.-V. zu berufen, und es folgt daraus, daß das erstinstanzliche Urtheil ohne Weiteres bestätigt werden muß, indem der Beklagte gegen die materielle Richtigkeit desselben keine Einwendungen erhoben hat.

Anmerkung der Red. Der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern hat in vorliegender Streitsache völlig korrekt geurtheilt und konnte nicht anders urtheilen. Der Beklagte hätte statt des Rechtsmittels der Appellation dasjenige der Beschwerdeführung (gesetzwidrige Rechtshülfe des Amtsgerichts Burgdorf) oder vielleicht dasjenige der Nichtigkeitsklage (weil das Amtsgericht auf die amtlich zu prüfende, der Hauptsache präjudizirende Vorfrage betreffend Zuständigkeit nicht eingetreten) wählen müssen. Er konnte auch unmittelbar den staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht anhängig machen, und sich über Verletzung des Art. 59 B.-V. beschweren. Statt dessen zog er es vor, das auf formell richtiger Grundlage beruhende Urtheil des Amtsgerichts Burgdorf auf dem Weg der Berufung anzufechten, welcher nach allen Grundsätzen des Prozeßrechts zu keinem für ihn günstigen Ergebniß führen konnte. Der Appellations- und Kassationshof hätte hierseitiger Ansicht nach den Art. 59 B.-V. ganz aus dem Spiele lassen dürfen, denn es konnte sich nur um Beurtheilung der Frage handeln, ob das Amtsgericht auf Grund des ihm vorliegenden Thatbestandes richtig oder unrichtig geurtheilt habe. Auf das in appellatorio gestellte Nichtigkeitsbegehren des Beklagten war somit lediglich nicht einzutreten. Früher hat freilich der Appellationshof in dergleichen Fällen nicht selten das erstinstanzliche Verfahren „von Amtswegen kassirt,"

Digitized by Google

vgl. z. B. Ztschr. XVI, S. 221 ff. (Fall Zumbrunn). Dieß kann aber nur gestattet sein, wo das öffentliche Interesse betheiligt ist, und den Verletzten kein ordentlicher Rechtsweg offen steht.

Erst nach Ausfällung dieses Urtheils betrat dann der Rathgeber Gugger's den Weg des staatsrechtlichen Rekurses, welcher ihn zu dem gewünschten Ziele führte. Bundesgericht, amtliche Sammlung 1883, Heft 2, S. 144, Urth. v. 29. Juni 1883. Das Bundesgericht fand in dem Verhalten Gugger's weder einen Verzicht auf den verfassungsmäßigen Gerichtsstand, noch konnte es irgend welche Anhaltspunkte dafür entdecken, daß derselbe nur deßhalb in Liestal Aufenthalt genommen habe, um der ihm drohenden Vaterschaftsklage zu entgehen. „Es mag nämlich," so drückt sich die Rekursinstanz aus, „zwar richtig sein, daß Handwerksgesellen, welche ihren Aufenthaltsort häufig wechseln, nicht ohne weiters als an demjenigen Orte, wo sie zeitweilig in Arbeit stehen und sich daher thatsächlich aufhalten, fest domizilirt betrachtet werden können, allein dieser Fall liegt hier nicht vor; denn Rekurrent ist unmittelbar aus seiner Heimatgemeinde Utzenstorf nach Liestal übergesiedelt und hat sich seither ununterbrochen an letzterm Orte aufgehalten, so daß angenommen werden muß, er habe Liestal zum dauernden Mittelpnnkt seiner Thätigkeit gemacht und sei also dort fest domizilirt." Wenn im Fernern der Klägerin zugemuthet wird, die Behauptungen aufzustellen und erforderlichen Falls zu beweisen, aus welchen sich die Kompetenz des inländischen Gerichtsstandes ergeben soll, so steht dieß nicht recht im Einklang mit der im gleichen Satze dem bern. Richter auferlegten Pflicht, die verfassungsmäßigen Voraussetzungen seiner Kompetenz von Amteswegen zu prüfen. — Vgl. den ähnlichen Fall B. G. III 616.

---

11. Die Abtretung einer grundpfändlich versicherten Forderung bedarf weder der schriftlichen Form noch der Uebergabe des Forderungstitels zur Gültigkeit (vgl. Ztsch. XV, 296; XVII, 256)*).

*) Vgl. Attenhofer, Denunciation, Ztschr. XVII, 591 ff. Frühere Anschauung Ztschr. f. v. R. 4, 56; 6, 310; 13,192 u. f. w.; Mani, Entsch. S. 4.

Digitized by Google

Actio Pauliana. Unzulässige Deckung von Bürgen. Unterlassung der prozeßführenden Gläubiger, den Kostenvorschuß an den Massaverwalter zu leisten (§ 566 V.-V.). Vgl. Ztschr. Heft I, S. 17 l. Jahrg.

Masse Scheller c. Wenger und Ramseyer.

3. Febr. 1883.

In dem Geltstag des gewesenen Lehrers und Wirths Scheller forderten die Gläubiger die ad massam-Ziehung eines grundversicherten Forderungsrestes von Fr. 874. 67, welchen der Gemeinschuldner kurz vor dem Konkursausbruch an Wenger und Ramseyer abgetreten hatte, um sie wegen für ihn eingegangener Bürgschaften zu decken. Die Beklagten vertheidigten sich in erster Linie peremtorisch, weil die klagenden Gläubiger einen dem Massaverwalter zugesicherten Kostenvorschuß (§ 566 V. V.) nicht binnen der vorgesehenen Frist geleistet hätten. Sodann machten sie einläßlich geltend, daß eine berechtigte Deckung für künftigen Schaden ihrerseits vorliege. Die fragl. Forderung sei ihnen schon lange vor Ausbruch des Geltstags förmlich verpfändet worden u. s. w. Die peremtorische Einrede wurde abgewiesen und die Klage zugesprochen. Die dießbezüglichen

Erwägungsgründe

lauten:

2. Zur Begründung ihres ersten Begehrens geht die Klagepartei von der Auffassung aus, es liege in casu überhaupt keine Abtretung vor, da es einmal an dem ausdrücklichen Willen zur Abtretung und sodann an verschiedenen zur Perfektion derselben nothwendigen Erfordernissen fehle. Dieser Ansicht kann aber nicht beigepflichtet werden; denn vorerst schließt die „Abtretung" überschriebene Erklärung des C. Scheller vom 4. Jan. 1881 die Annahme aus, daß es sich im Grunde bloß um einen Faustpfandvertrag handeln sollte, und läßt keinen Zweifel darüber, daß gegentheils wirklich eine Abtretung gewollt war. Dann ist der Einwand, daß die Cession im Original-Forderungstitel nicht eingetragen und deßhalb nicht verbindlich sei, heute nicht mehr relevirt worden und wäre auch unbegründet (cf. Urth. v. 24. Aug. 1878 i. S. Röthlisberger c. Krähenbühl, Ztschr. Bd. 15, S. 296), indem die Gültigkeit einer Cession jedenfalls nicht von diesem Erforderniß abhängt. Dasselbe gilt auch in Bezug auf den fernern von der Klägerin geltend gemachten Umstand, daß die Abtretung nicht im Grundbuch angemerkt worden, (vgl. Urth. v. 18. Juli 1880 i. S. Wirth & Cie. gegen Michel und Mith., Ztschr. Bd. 17, S. 256). Ebensowenig ist der Mangel der Tradition des Forderungstitels als wesentlich anzusehen; denn die Satz. 413 u. 431 C.,

Digitized by Google

die von der Erwerbung des Eigenthums handeln, beziehen sich auf körperliche Sachen und dürfen nicht in ausdehnender Interpretation auf Forderungsrechte ausgedehnt werden. Es ist demnach anzunehmen, daß hier eine formell durchaus gültige Abtretung vorliege.

Die Klägerin stellt sich dann ferner auf den Boden der actio Pauliana und verlangt demgemäß Kassation des Abtretungsvertrages vom 4. Januar 1881. In dieser Beziehung ergibt sich vorerst, daß durch die angefochtene Abtretung die Massagläubiger wirklich geschädigt wurden, da laut Inventar bloß Vermögen im Betrage von Fr. 759. 10 in die Masse fiel, während sodann über Fr. 5000 Ansprachen wegen Vermögensmangels zur Geduld gewiesen werden mußten. Auch steht außer Zweifel, daß Scheller zur Zeit der Ausstellung der Cession unter seinen Sachen stand und sich dessen vollkommen bewußt war, indem er, mehrfach betrieben, schon wenige Tage nach Abschluß der Abtretung den Gantstag und zwar sofort definitiv anbegehrte. Ebenso war den heutigen Beklagten damals die schlechte finanzielle Lage des Scheller bekannt. Dieß geht unzweifelhaft aus Art. 45 ihrer Antwort, sowie auch aus den übrigen prozedürlich festgestellten Verhältnissen hervor. Es frägt sich also bloß noch ob beim angefochtenen Rechtsgeschäft fraudulose Absicht vorhanden war oder nicht.

4. Die Beklagten bestreiten dieß und machen geltend, Scheller habe sich schon bei Eingehung der Bürgschaft verpflichtet, ihnen zur Sicherheit den Titel auf Ryser einzusetzen; sie wären sonst die betreffende Bürgschaft gar nicht eingegangen; somit hätten sie sich jedenfalls nur etwas geben lassen, worauf sie schon vorher ein Recht hatten, und an und für sich sei es ganz zulässig, sich in dieser Weise für eingegangene Bürgschaft Sicherheit bestellen zu lassen. Wenn nun auch der letztere Standpunkt bis zu einem gewissen Grade als richtig zugegeben wird, so steht in casu fest, daß jene Verabredung, faustpfändliche Sicherheit für die eingegangene Verbürgung bestellen zu wollen, jedenfalls nicht in Form Rechtens, d. h. schriftlich, zu Stande kam, und ebenso wenig der Faustpfandvertrag zur Vollständigkeit gelangte und demgemäß ein klagbares Recht nicht konstituirte. Ein eigentlicher Rechtsanspruch auf Deckung durch Faustpfand stand somit den Beklagten nicht zu. Zudem ließen sie sich ja nicht bloß einen Titel als Faustpfand verschreiben, sondern die Forderung abtreten, und auf Abtretung hatten sie jedenfalls keinen Anspruch. Die Annahme der Klägerin, fraudulose Absicht ergebe sich schon daraus, daß die Beklagten ohne sofortige Leistung eines Gegenwerthes eine Forderung erwarben, somit sich Vermögensstücke unter ihrem wahren Werth abtreten ließen, ist nun zwar nicht richtig, weil immerhin ein Gegenwerth, wenn auch erst später, gegeben werden sollte.

Digitized by Google

5. Aber aus andern Gründen muß die angefochtene Cession als eine rechtswidrige, betrügerische Handlung betrachtet werden, vorerst insofern als dadurch Gläubiger eines minderen Ranges vor solchen, denen im Geltstag ein bevorzugter zukam, befriedigt wurden. Denn die Obligation, für welche sich die heutigen Beklagten verbürgten, ist spätern Datums (26./28. Juli 1880) als diejenige, welche die Gebr. Stucki geltend machen (7. Oktober 1878).

6. Es liegt im Weitern auch das Erforderniß des Art. 228 St.-G.-B. in casu vor, indem die Beklagten die bedrängte Lage Scheller's kannten und gerade wegen des bevorstehenden Geltstags in ihn drangen, die fragl. Abtretung zu ihren Gunsten auszustellen. Sie mußten also die Unredlichkeit des Geschäfts kennen oder jedensfalls bei einiger Aufmerksamkeit einsehen.

7. Sodann fällt ferner in Betracht die Thatsache, daß den heutigen Beklagten zur Zeit der Abtretung (4. Januar 1887) die Eigenschaft von Gläubigern des Scheller eigentlich noch gar nicht zukam, daß sie die Schuld erst im August darauf abführten. Wenn sich aber der Bürge, der noch nicht eingelöst hat, vom Schuldner, an den er einstweilen keine Forderung hat, durch Abtretungen oder in anderer Weise decken läßt, so ist, wie der hierseitige Gerichtshof schon in mehrerern Fällen angenommen, unter der Voraussetzung immerhin, daß die übrigen objektiven und subjektiven Requisite der actio Pauliana vorliegen, ohne Weiteres auch die fraudulose Absicht, bezw. Unredlichkeit im Sinne des Art. 228 St.-G.-B. als vorhanden zu betrachten (cf. Urth. v. 1. Dez. 1882 i. S. Geltstagsmasse Schmuz c. Kurz und Mith.*) und das dort citirte Urtheil i. S. Masse Lehnherr c. Eicher und Mith. v. 21. Sept. 1877). Sonach treffen in casu sämmtliche Voraussetzungen der Paulianischen Klage (Art. 224 und 228 St.-G.-B.) zu und ist demgemäß die fragl. Abtretung vom 4. Januar 1881, weil in fraudem creditorum erfolgt, zu kassiren und der kläger'schen Geltstagsmasse ihr zweites Klagebegehren zuzusprechen.

12. Das Fehlen der Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Widerklage muß durch besonderes, uneinläßliches Rechtsbegehren (Zwischengesuch) geltend gemacht werden. (Zu § 151 P.).

Gfeller c. Gfeller.
10. Febr. 1883.

Vgl. Ztschr. 12, S. 435, 472.

*) S. 328 hievor (Heft III).

Digitized by Google

13. Lebensversicherung. — Anspruch auf Police und Versicherungssumme im Fall des während des Geltstagsverfahrens eintretenden Todes des Versicherten.

Wittwe und Kinder Stephani c. Vereinigungsmasse Stephani.

16. Februar 1883.

Vgl. Ztschr. XVIII, S. 33 und dortige Citate; S. 392 hievor. König, Civ.-Ges. erläut., III, 7—14.

Ferner: Seuffert, Arch. Bd. 26, S. 275 ff., Dr. Arthur Hoffmann: Das Recht auf die Versicherungssumme, 1880.

Unter dem 26. Januar 1881 wurde über Eugen Stephani, Handelsmann in Aarberg, der Geltstag verhängt. Die eingereichten Ansprachen betrugen über Fr. 124,000, während nur ca. Fr. 25,000 in die Masse fielen. Hiezu kamen allerdings noch zwei Lebensversicherungspolicen der Londoner Union, deren eine, über L. St. 600 nebst Gewinnantheil lautend, den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildete. Dieselbe war zur Zeit des Ausbruchs des Geltstages einem Kreditinstitut für Fr. 4000 verpfändet und kam mit der Eingabe dieses Instituts zu den Geltstagsakten. Der Massaverwalter ließ dieselbe infolge Weisung einer speziell mit Rücksicht auf dieses Verhältniß einberufenen Gläubigerversammlung taxiren und legte ihr infolge dessen im Vermögensverzeichnisse den Werth von Fr. 1395. 80 bei, für welchen die Generalagentur der Londoner Union dieselbe zurückzukaufen sich bereit erklärt hatte, letzteres allerdings mit dem Zusatz, daß „für die Kreditoren, angesichts der gestörten Gesundheitsverhältnisse des Versicherten, der Werth ein viel höherer sein müsse." — Nun starb vor Feststellung des Vertheilungsentwurfs am 5. Mai 1881 Stephani mit Hinterlassung einer Wittwe und zweier Kinder. Diese seine Angehörigen, welche ihn nach dem einschlagenden Aargauer Recht in der Weise beerbt haben würden, daß den Kindern das Eigenthum und der Wittwe die Nutznießung des Vermögens zukam, schlugen sofort in aller Form Rechtens die Erbschaft aus und verlangten eine gerichtliche Vereinigung des Nachlasses, welche freilich nur noch die nicht in die Geltstagsmasse gefallenen Gegenstände hätte umfassen sollen*). Noch im nämlichen Monat lud nun die Wittwe Stephani für sich und

*) Vgl. v. Sarwey, Konkursordnung, S. 859: Der Tod des Gemeinschuldners ist ohne Einfluß auf das gegen ihn vor seinem Tode eröffnete Konkursverfahren .... Durch die Konkurseröffnung wird das Vermögen des Gemeinschuldners von dem Schicksale seiner Person gelöst u. s. w.

Digitized by Google

Namens ihrer Kinder die „Geltstags- und die Vereinigungsmasse" vor das Richteramt Aarberg zur Beurtheilung des Rechtsbegehrens: Die vorgeladenen beiden Massen haben anzuerkennen, Frau St. geb. D. und deren Kinder Otto und Ida haben einzig Recht auf die durch den Tod des Eugen St. laut Police Nr. 15735 vom 12. Dezember 1871 fällig gewordene Versicherungssumme." Zur Begründung wurde in dem nach mancherlei Vorgefechten und Verschiebungen am 15. Febr. 1882 abgehaltenen Termin geltend gemacht, der Notar B. habe in der Eigenschaft als Massaverwalter die infolge des Todes des E. St. fällig gewordene Versicherungssumme mit Fr. 16,125 bezogen. Die Kinder seien nach Aargauer Recht Notherben des Vaters, und der Wittwe stehe die Nutznießung an der Verlassenschaft zu. Aus der Police und dem Anmeldebogen ergebe sich klar, daß St. die Versicherungssumme, soweit er nicht darüber verfügte, seiner Frau und Kindern habe zuwenden wollen. Es sei dies auch Zweck jedes Lebensversicherungsvertrages. Im Uebrigen erklärten sich die Kläger bereit, dem Kreditverein Aarberg, welchem die Police verpfändet worden, seine ganze Forderung zu vergüten. Später wurde auch noch die Rückerstattung sämmtlicher Prämien mit Zins und Zinseszins übernommen. Die beklagte Masse machte geltend: Der Versicherungsvertrag sei zu einer Zeit abgeschlossen worden, wo St. noch nicht verheirathet war. Als Zweck der Versicherung sei in der Deklaration angegeben: „für einstige Erben". Eine Umänderung der Police auf den Namen von Frau und Kindern habe niemals stattgefuuden und die Kläger haben weder sich bei dem Versicherungsgeschäfte betheiligt, noch dasselbe acceptirt. Der Zweck einer Lebensversicherung könne ein sehr verschiedener sein. Er könne sich beziehen auf die Sorge für bestimmte Personen, wie z. B. die Ehefrau, die Kinder, andere Verwandte, dritte Personen, oder die Versicherung könne abgeschlossen werden zur Sicherstellung einzelner Creditoren oder Erhöhung der Creditfähigkeit im Allgemeinen. Hierauf weise insbesondere auch der von der Londoner Union ausgegebene Prospekt hin. Im vorliegenden Falle habe St. auch wirklich von seiner Police Gebrauch zu Creditzwecken gemacht. Uebrigens habe dessen Ehefrau einer sehr begüterten Familie angehört; sie besitze noch dermal sehr bedeutende Anwartschaften, so daß zur vorsorglichen Bestellung eines Nothpfennigs kein Anlaß vorgelegen. Auch sei die Unterlassung jedweder Verfügung über die Versicherungspolice zu Gunsten der Ehefrau und Kinder um so bezeichnender, als dem Erblasser z. B. gar nicht entgangen sei, daß zur Sicherung der privilegirten Weibergutshälfte die Errichtung eines förmlichen Weibergutsempfang-

Digitized by Google

scheins erforderlich sei. Uebrigens enthalte die Police selbst keinerlei Hinweis auf dritte Begünstigte, sondern besage lediglich, daß die Versicherungssumme den „Exekutoren, Administratoren nnd Curatoren des besagten Versicherten innerhalb drei Monaten nach dessen Absterben" auszubezahlen sei*). — Ferner wurde festgestellt, wie die Police beim Ausbruch des Konkurses in aller Form Rechtens vor dem Absterben des St. zur Masse gezogen, geschätzt und in das Vermögensverzeichniß aufgenommen worden sei, ohne daß die Kläger, trotz verschiedener bezüglicher Publikationen, dagegen Einspruch erhoben hätten. Das Recht auf die Versicherungssumme sei beim Mangel der Bezeichnung eines bestimmten Dritten in der Police bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers auf dessen Konkursmasse übergegangen, und als Erben können die Kläger auf die Versicherungssumme keinen Anspruch erheben, da sie die Erbschaft ausgeschlagen. Wenn die Klägerschaft behaupte, die Versicherungssumme habe nie zum Vermögen des Geltstagers gehört, so werde erwiedert, daß in diesem Falle ja auch die Verpfändung dieses Vermögensrechts, bezw. des Anspruchs auf die Versicherungssumme, unmöglich wäre.

Die Streitsache gelangte unmittelbar vor den App.- und Kass.-Hof, welcher den Klägern ihre Begehren zusprach und der beklagten Geltstagsmasse nicht weniger als Fr. 525 Kosten auferlegte.

Erwägungsgründe:

1. Eugen Stephani, gebürtig aus dem Kanton Aargau, als Handelsmann angesessen gewesen in Aarberg, hatte sich, gestützt auf seine schriftlichen Propositionen vom 2. Dez. 1871 bei der Londoner-Union auf sein Absterben hin, laut Police vom 16. Dez. 1871, Nr. 15,735, für 600 Pfd. Sterling oder Fr. 15,000, nebst statutengemäßem Gewinnantheil, zu Gunsten seiner einstigen Erben versichert, sich am 2. Mai 1872 mit der heutigen Klägerin, Marie geb. Dietler, verheirathet, die erwähnte Police am 3. Juli 1880 beim Kreditverein Aarberg für ein Darlehen von Fr. 4000 verpfändet und am 26. Januar 1881 den Geltstag angerufen; derselbe starb sodann am 5. Mai 1881, worauf in Folge der Erbschaftausschlagung von Seiten der Kläger am 27. Mai 1881 die gerichtliche Vereinigung angeordnet wurde.

2. Die Wittwe und die beiden Kinder des Eugen Stephani erheben nun als dessen Erben Anspruch auf die verfallene Lebensversicherungssumme, geben indessen die Erklärung ab, sie seien

*) Vgl. Ztschr. XI, 215.

Digitized by Google

bereit, sich die Fr. 4000 und Folgen, für welche die Police verpfändet worden, zu Gunsten des Kreditvereins Aarberg oder dessen Rechtsnachfolger anrechnen zu lassen und machen das Anerbieten, die von Eugen Stephani einbezahlten Versicherungsprämien von zusammen Fr. 4,042 der Masse zu restituiren.

3. Die beklagte Partei macht vorerst geltend, es sei nie die Absicht des Eugen Stephani gewesen, die Versicherung zu Gunsten seiner Frau und Kinder abzuschließen; denn zur Zeit des Vertragsabschlusses sei er noch gar nicht verheirathet gewesen, seine Frau stamme aus einer begüterten Familie her, weßhalb es sich hier nicht um die Abwendung der Gefahr der gänzlichen Verarmung oder um die Zusicherung eines Nothpfennigs handeln könne, ferner habe Eugen Stephani die fragliche Police faustpfandweise hinterlegt, und schon vorher bei verschiedenen Kreditinstituten eingesetzt gehabt, endlich habe derselbe am 15./19. Januar 1884 einen förmlichen Weibergutsempfangschein errichtet*), ohne hiebei der fraglichen Versicherung irgendwie zu erwähnen oder bei diesem Anlasse die Police auf den Namen seiner Frau und Kinder umschreiben zu lassen.

4. Allein es ist anzunehmen, daß Eugen Stephani gerade mit Rücksicht auf die wenige Monate nach dem Vertragsabschlusse einzugehende Ehe und die beabsichtigte Gründung einer Familie die Versicherung zu Gunsten seiner einstigen Erben auf sein Absterben abgeschlossen hat, daß er seiner Familie trotz oder gerade wegen der Anwartschaften seiner künftigen Frau auch für die schwersten Unglücksfälle — Vermögensverlust und vorzeitigen Tod — eine ansehnliche Summe zusichern wollte, daß er gerade deßhalb diese Art der Versicherung gewählt, und in den schriftlichen Propositionen vom 2. Dez. 1872 auf die Frage Nr. 26, Zweck der Versicherung, die Antwort gebraucht hat: für einstige Erben.

5. Es ist wiederholt angenommen worden, daß die Propositionen oder Deklarationen zum Versicherungsvertrage einen wesentlichen Bestandtheil dieses Vertrages bilden, daß die Versicherung nur auf Grundlage jener Propositionen und Deklarationen abgeschlossen werde und daß sich gerade aus diesen Aktenstücken ergeben müsse, zu wessen Gunsten der Versicherungsvertrag abgeschlossen worden sei (vgl. Judikate Elisabeth Maurer c. Masse Maurer, 21. März 1873, Motiv Nr. 5, Masse Wyß c. Anna Barbara Wyß vom 4. Juli 1873, Motiv Nr. 1).

6. Jedenfalls bilden aber dergleichen Propositionen und Deklarationen ein wichtiges Interpretationsmittel für die Erkennung des Vertragswillens der Contrahenten, Satz. 691, 702 C.

*) Siehe Ztschr. XIX, 47.

Digitized by Google

7. Es ist zwar prozedürlich festgestellt, daß Eugen Stephani die fragl. Police für ein Darlehen von Fr. 4000 beim Kreditverein von Aarberg, nicht aber auch vorher bei andern Kreditinstituten faustpfandweise hinterlegt hatte; allein dazu war er ohne Zweifel berechtigt (vgl. Judikat Ida Hofstetter c. Masse Hofstetter v. 23. Juni 1881, Motiv Nr. 6); er konnte die Police gegen Bezahlung der Schuld jederzeit zurückverlangen; letzteres ist zwar nicht geschehen, dieser Umstand hat aber nur die Wirkung, daß jene Fr. 4000 nebst Folgen aus der Versicherungssumme genommen und den Berechtigten bezahlt werden müssen; darüber herrscht übrigens kein Streit mehr.

8. Es wurde in den Urtheilen seit dem Jahre 1871 hier wiederholt betont, daß die Versorgung der Familie eine sittliche Pflicht des Hausvaters sei, daß aber nur diejenigen Personen Anspruch auf die Versicherungssumme machen können, welche dem engern, d. h. eigentlichen Familienkreise angehören (vgl. Judikat Karl Bondeli und Liquidationsmasse Bondeli vom 28. März 1879*).

9. Nun kann aber angesichts der Art. 878 und 912 des aargauischen Civilgesetzbuches, der Bescheinigung der Obergerichts-Kanzlei des Kantons Aargau vom 5. Juni 1882 und der Gutachten der Fürsprecher Haller und Tanner kein Zweifel mehr darüber obwalten, daß auch nach aargauischem Recht die Kläger die nächsten Familienangehörigen des verstorbenen Eugen Stephani sind, die Kinder die Eigenschaft von Erben erster Klasse haben und der Ehefrau der Nießbrauch an der Verlassenschaft zugesichert wird.

10. Dabei ist indessen an dem bisherigen Standpunkt des Gerichts festzuhalten, daß die Frau und Kinder ihr Recht auf die Versicherungssumme nicht aus dem Erbrechte herleiten**), sondern aus dem zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag (vgl. Judikat Ida Hofstetter c. Masse Hofstetter v. 23. Juni 1881, Motiv Nr. 7 b, Commentar von Schneider und Fick zu Art. 128 des schweiz. Oblig.-Rechts, Entwurf zum schweiz. Oblig.-Recht von 1877, Art. 744—768, namentlich Art. 764, 765, 766 u. 766 a).

11. Jedenfalls ist so viel sicher, daß Eugen Stephani nie daran gedacht hat, sein Leben zu Gunsten einer Liquidationsmasse zu versichern, dafür liegt nicht der geringste Anhaltspunkt vor.

12. Die Beklagten machen ferner geltend, die Versicherungs-Police sei nach der Erkennung des Geltstages gegen Eugen

*) Ztschr. XV, 579.

**) Vgl. Motiv 2 oben!? (Red.)

Digitized by Google

bereit, sich die Fr. 4000 und Folgen, für welche die Police verpfändet worden, zu Gunsten des Kreditvereins Aarberg oder dessen Rechtsnachfolger anrechnen zu lassen und machen das Anerbieten, die von Eugen Stephani einbezahlten Versicherungsprämien von zusammen Fr. 4,042 der Masse zu restituiren.

3. Die beklagte Partei macht vorerst geltend, es sei nie die Absicht des Eugen Stephani gewesen, die Versicherung zu Gunsten seiner Frau und Kinder abzuschließen; denn zur Zeit des Vertragsabschlusses sei er noch gar nicht verheirathet gewesen, seine Frau stamme aus einer begüterten Familie her, weßhalb es sich hier nicht um die Abwendung der Gefahr der gänzlichen Verarmung oder um die Zusicherung eines Nothpfennigs handeln könne, ferner habe Eugen Stephani die fragliche Police faustpfandweise hinterlegt, und schon vorher bei verschiedenen Kreditinstituten eingesetzt gehabt, endlich habe derselbe am 15./19. Januar 1884 einen förmlichen Weibergutsempfangschein errichtet*), ohne hiebei der fraglichen Versicherung irgendwie zu erwähnen oder bei diesem Anlasse die Police auf den Namen seiner Frau und Kinder umschreiben zu lassen.

4. Allein es ist anzunehmen, daß Eugen Stephani gerade mit Rücksicht auf die wenige Monate nach dem Vertragsabschlusse einzugehende Ehe und die beabsichtigte Gründung einer Familie die Versicherung zu Gunsten seiner einstigen Erben auf sein Absterben abgeschlossen hat, daß er seiner Familie trotz oder gerade wegen der Anwartschaften seiner künftigen Frau auch für die schwersten Unglücksfälle — Vermögensverlust und vorzeitigen Tod — eine ansehnliche Summe zusichern wollte, daß er gerade deßhalb diese Art der Versicherung gewählt, und in den schriftlichen Propositionen vom 2. Dez. 1872 auf die Frage Nr. 26, Zweck der Versicherung, die Antwort gebraucht hat: für einstige Erben.

5. Es ist wiederholt angenommen worden, daß die Propositionen oder Deklarationen zum Versicherungsvertrage einen wesentlichen Bestandtheil dieses Vertrages bilden, daß die Versicherung nur auf Grundlage jener Propositionen und Deklarationen abgeschlossen werde und daß sich gerade aus diesen Aktenstücken ergeben müsse, zu wessen Gunsten der Versicherungsvertrag abgeschlossen worden sei (vgl. Judikate Elisabeth Maurer c. Masse Maurer, 21. März 1873, Motiv Nr. 5, Masse Wyß c. Anna Barbara Wyß vom 4. Juli 1873, Motiv Nr. 1).

6. Jedenfalls bilden aber dergleichen Propositionen und Deklarationen ein wichtiges Interpretationsmittel für die Erkennung des Vertragswillens der Contrahenten, Satz. 691, 702 C.

*) Siehe Ztschr. XIX, 47.

Digitized by Google

7. Es ist zwar prozedürlich festgestellt, daß Eugen Stephani die fragl. Police für ein Darlehen von Fr. 4000 beim Kreditverein von Aarberg, nicht aber auch vorher bei andern Kreditinstituten faustpfandweise hinterlegt hatte; allein dazu war er ohne Zweifel berechtigt (vgl. Judikat Ida Hofstetter c. Masse Hofstetter v. 23. Juni 1881, Motiv Nr. 6); er konnte die Police gegen Bezahlung der Schuld jederzeit zurückverlangen; letzteres ist zwar nicht geschehen, dieser Umstand hat aber nur die Wirkung, daß jene Fr. 4000 nebst Folgen aus der Versicherungssumme genommen und den Berechtigten bezahlt werden müssen; darüber herrscht übrigens kein Streit mehr.

8. Es wurde in den Urtheilen seit dem Jahre 1871 hier wiederholt betont, daß die Versorgung der Familie eine sittliche Pflicht des Hausvaters sei, daß aber nur diejenigen Personen Anspruch auf die Versicherungssumme machen können, welche dem engern, d. h. eigentlichen Familienkreise angehören (vgl. Judikat Karl Bondeli und Liquidationsmasse Bondeli vom 28. März 1879*).

9. Nun kann aber angesichts der Art. 878 und 912 des aargauischen Civilgesetzbuches, der Bescheinigung der Obergerichts-Kanzlei des Kantons Aargau vom 5. Juni 1882 und der Gutachten der Fürsprecher Haller und Tanner kein Zweifel mehr darüber obwalten, daß auch nach aargauischem Recht die Kläger die nächsten Familienangehörigen des verstorbenen Eugen Stephani sind, die Kinder die Eigenschaft von Erben erster Klasse haben und der Ehefrau der Nießbrauch an der Verlassenschaft zugesichert wird.

10. Dabei ist indessen an dem bisherigen Standpunkt des Gerichts festzuhalten, daß die Frau und Kinder ihr Recht auf die Versicherungssumme nicht aus dem Erbrechte herleiten**), sondern aus dem zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag (vgl. Judikat Ida Hofstetter c. Masse Hofstetter v. 23. Juni 1881, Motiv Nr. 7 b, Commentar von Schneider und Fick zu Art. 128 des schweiz. Oblig.-Rechts, Entwurf zum schweiz. Oblig.-Recht von 1877, Art. 744—768, namentlich Art. 764, 765, 766 u. 766 a).

11. Jedenfalls ist so viel sicher, daß Eugen Stephani nie daran gedacht hat, sein Leben zu Gunsten einer Liquidationsmasse zu versichern, dafür liegt nicht der geringste Anhaltspunkt vor.

12. Die Beklagten machen ferner geltend, die Versicherungs-Police sei nach der Erkennung des Geltstages gegen Eugen

*) Ztschr. XV, 579.

**) Vgl. Motiv 2 oben!? (Red.)

Digitized by Google

Stephani zu dessen Geltstagsmasse gezogen worden, die Kläger seien gegen die daherige Verfügung des Massaverwalters nicht aufgetreten, es sei daher anzunehmen, dieselben haben auf die Versicherungssumme verzichtet, ihr Anspruch sei als verwirkt zu betrachten.

13. Allein auch dieser Einwand ist unbegründet, denn das Recht der Kläger zum Bezuge der Versicherungssumme gelangte erst mit dem Tode des Eugen Stephani zur Wirksamkeit. Die Geltstagsliquidation war bei dessen Tod noch nicht beendigt, sie wurde vielmehr durch die gerichtliche Vereinigung fortgesetzt, das Recht zur Vindikation war nach §§ 500 und 570 V.-V. noch keineswegs verspätet; die ad massam-Ziehung von Gegenständen gibt der Liquidationsmasse blos den Besitz an denselben, aber bis zum Ablauf der Vindikationsfrist kein Eigenthumsrecht daran; die Vindikation wird auch an Forderungen für zulässig betrachtet.

14. Uebrigens wurde seit dem Urtheil Wittwe Hirschi c. Masse Hirschi v. 20. Januar 1871 vom hierseitigen Gerichtshof wiederholt und konstant angenommen, die zu Gunsten der nächsten Familienangehörigen (Frau und Kinder) stipulirte Lebensversicherungssumme gehöre nicht zum Vermögen des Versicherungscontrahenten und dieselbe habe sich nie in diesem Vermögen befunden, so daß die Rechte der Kläger auf die Versicherungssumme durch die ad massam-Ziehung derselben vor der Beendigung der Liquidation nicht verloren gehen oder verwirkt werden konnten, § 563 V.-V. (vgl. Judikat Elisabeth Maurer c. Masse Maurer vom 1. März 1873 und Ida Hofstetter c. Masse Hofstetter vom 23. Juni 1881).

15. Schließlich konnte sich die Vindikation nicht auf die Police, wie die Beklagten behaupten, erstrecken, sondern mußte auf die Berechtigung zum Bezuge der Versicherungssumme gestellt werden, weil die Police ein bloßes Legitimations-, kein Inhaber-Papier ist und vom Massaverwalter beim Bezuge der Versicherungssumme den Vertretern der Londoner-Union längst ausgehändigt wurde.

16. In allen seit dem Jahr 1871 durch den hiesigen Gerichtshof beurtheilten Fällen hatten die Kläger resp. Versicherungsnehmer freiwillig und zum Voraus sich zur Rückerstattung der einbezahlten Versicherungsprämien bereit erklärt; dies ist auch im vorliegenden Falle geschehen, indessen erscheint die in Art. 52 der Antwort von den erwähnten Prämien geforderte Zinsvergütung nicht als gerechtfertigt, und wurde bis jetzt auch nie beansprucht (vgl. Satz. 757 C.). Uebrigens verlangt der Massaverwalter in dem Rechtsbegehren seiner eventuellen Widerklage die Restitution von blos Fr. 4042, ohne von dem Zins etwas zu erwähnen, so

Digitized by Google

daß die im Art. 71 b enthaltene Anerkennung von Fr. 4960 offenbar auf einer Mißschreibung beruht und in Wirklichkeit blos Fr. 4042 anerkannt werden.

Bemerkung. Das vorstehende Urtheil ist, wie uns mitgetheilt wird, nur mit schwacher Stimmenmehrheit zu Stande gekommen, und wir zweifeln, ob der hohe Gerichtshof sich in spätern Fällen so weit auf dem Gebiete der Interpretation vorwagen werde, wie es hier geschehen. Denn obschon die Civilprozeß-Novelle erst auf 1. Januar 1884 in Kraft tritt, muß man zugeben, daß hier schon ein recht hübsches Stück „freie Beweiswürdigung" vorliegt. Es wird als Zweck der abzuschließenden Lebensversicherung angegeben: für einstige Erben. Der Versicherungsnehmer ist ledig. Wer seine dereinstigen Erben sein werden, ist zur Zeit noch durchaus unbestimmt. Dessenungeachtet supponirt das Gericht, er habe für eine künftige Frau, mit der er, soweit die Akten Auskunft geben, noch gar nicht verlobt war, vorsorgen wollen. Allein abgesehen davon, und will man auch darüber hinweggehen, daß die Police von einer dritten Person, die aus dem Vertrage ein selbständiges Recht herzuleiten befugt sein sollte, nichts enthält, so mußte doch laut der Deklaration oder Proposition der Begünstigte Erbe des Versicherungsnehmers sein: an diese Eigenschaft war sein Anspruch geknüpft, und diese Eigenschaft fehlte den Klägern. Dieselben haben nicht Erben des Versicherungsnehmers werden wollen, um die Schulden des Familienvaters nicht bezahlen zu müssen, — weil sie es vorzogen, das halbe Weibergut zu retten und die Anwartschaften zu sichern. Aber damit nicht genug, mußte den Kreditoren noch so viel als möglich von der Lebensversicherungssumme abgewonnen werden. — Man kann auf eine Lebensversicherungssumme Anspruch haben entweder kraft eigenen Rechts — als dritter Begünstigter, aus einem pactum in favorem tertii, — oder kraft Erbrechts, weil man als Universal- oder Singularerbfolger in den mit dem Tode des Erblassers fälligen Anspruch succedirt. Im erstern Fall muß sich der Ansprecher über seine Eigenschaft als Begünstigter, d. h. über seine Identität mit derjenigen Person, welche in der Police

Digitized by Google

oder laut seitheriger formrichtiger Verfügung des Versicherungsnehmers als empfangsberechtigt bezeichnet ist, ausweisen; im letztern muß er nachweisen, daß er Rechtsnachfolger von Todeswegen des Versicherungsnehmers geworden sei. Im Zweifel ist die Versicherungssumme ein Gegenstand des Nachlasses des Versicherten oder Versicherungsnehmers, mit andern Worten der letztere Fall bildet juristisch die Regel, der erstere die Ausnahme. Als dritter Fall reiht sich hier an die Eventualität, daß der Versicherte bei Lebzeiten in Konkurs geräth. Hier hat die Konkursmasse unbedingt das Recht zur Veräußerung der Police; dieselbe bildet ein Aktivum der Konkursmasse (vgl. Seuffert, Arch. Bd. 35, Nr. 165 und von Sarwey, Konkurs-Ordnung S. 8). Ob durch den Konkurs auch das Recht eines bestimmten dritten Begünstigten ohne Weiteres dahinfällt, wie v. Sarwey l. c. und König (Erbrecht S. 13) annehmen, oder ob dasselbe bestehen bleibt, so lange die Massaverwaltung über die Police nicht rechtsgültig verfügt hat, mag noch verschieden beantwortet werden, obschon jedenfalls nach unserem auf gemeinrechtlicher Grundlage basirenden Konkursrecht die Masse als Universalrechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners anzusehen wäre (v. Sarwey l. c. Einleitung, p. XLVII). Allein, wo den Gläubigern lediglich die Erben des Konkursiten gegenüber stehen, können doch erstere offenbar verlangen, daß die Erbschaft von den Erbberechtigten angetreten werde, bevor letztere Anspruch auf die Versicherungssumme erheben. Ist der Versicherungsnehmer im Moment des Todes im Konkurs, so können die Erben entweder die Gläubiger bezahlen und die Versicherungssumme beziehen oder die Erbschaft ausschlagen, und dann fällt die Versicherungssumme von Rechtswegen in die Konkursmasse. Aber sich als Erben geriren, wo es nützt und diese Eigenschaft ablehnen, wo sie schadet, das scheint uns mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen kaum vereinbar.

Wenn Motiv 10 sich auf Art. 128 O.-R. beruft, so ist dem entgegenzuhalten, daß diese Gesetzesbestimmung den definitiven Anspruch des dritten Begünstigten davon abhängig macht, daß er dem Schuldner erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. In casu ist nun eine solche Erklärung weder aus-

Digitized by Google

drücklich noch durch konkludente Handlungen erfolgt. Die Konkursmasse hatte die Versicherungssumme von der Londoner-Union bezogen als rechtmäßige Gläubigerin, und das Schuldverhältniß aus dem Lebensversicherungsvertrage war durch Erfüllung getilgt. Die nach Verfall der Summe angebrachte Klage war somit verspätet. Die Accreszenz zu Gunsten des Dritten konnte nach O.-R. nur bewirkt werden durch eine Erklärung an den Schuldner vor der Erfüllung (Vogt, Anl. p. 83, 91). Eine solche hat aber gar nicht stattgefunden. Was die Citate aus dem Entwurf O.-R. von 1877 betrifft, so ist Art. 765, welcher von der Versicherung eines fremden Lebens handelt, ganz unzutreffend und Art. 766 steht in Widerspruch zu dem Satz, den er beweisen soll. Er lautet nämlich: „Wenn bei einer Versicherung auf eigenes Leben nicht schon durch den Vertrag selbst eine bestimmte dritte Person als zum Bezuge der Versicherungssumme bezeichnet worden ist und der Versicherungsnehmer auch nicht zu seinen Lebzeiten zu Gunsten einer bestimmten dritten Person über den Anspruch auf die Versicherungssumme verfügt hat, so ist zu vermuthen, daß die Versicherungssumme den Erben des Versicherungsnehmers, bezw. seinen Gläubigern zukommen soll."

Ein längerer Aufsatz über die Frage: Unterliegt die Lebensversicherungssumme dem Zugriff der Gläubiger? von Dr. Scherer, Rechtsanwalt in Mainz, ist erschienen in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 20 (Jahrg. 1882) S. 148 ff. — Zur Vervollständigung des Materials möge ein Ueberblick über dessen Inhalt folgen:

Scherer geht aus von der Voraussetzung, daß jeder Lebensversicherung die Absicht der Versorgung von Frau und Kindern zu Grunde liege. Eine solche vorsorgliche Gesinnung sei durchaus sittlich und der dieselbe verwirklichende Vertrag vom Recht zu schützen. Hiegegen sei allerdings s. Z. der französische Nationalkonvent und noch im Jahr 1864 der bekannte kais. Generalprokurator Dupin aufgetreten. Bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen habe sich an das Institut der L.-V. eine Reihe von Kontroversen geknüpft, deren praktisch wichtigste die vorliegende Frage betreffe. Entscheide man sich nämlich dafür, daß die Ver-

Digitized by Google

sicherungssumme dem Zugriffsrecht der Gläubiger unterliege, so sei der Zweck des ganzen Instituts verfehlt. Nach diesen einleitenden Bemerkungen stellt Verf. zunächst die Praxis in Frankreich, Deutschland, Oesterreich, Italien dar. In Frankreich besteht Zwiespalt zwischen mehreren Appellationshöfen und dem Kassationshofe. Letzterer hat noch in den Jahren 1875, 1876, 1879, 1880 die Versicherungssumme den Gläubigern zugesprochen in Fällen, wo die Police zu Gunsten der héritiers ou ayants-droit oder „zahlbar an meine Erben oder an meine Ordre" lautete; dagegen dem dritten „Beneficiar", wenn derselbe beim Versicherungsabschluß konkurrirte. Von den linksrheinischen Gerichten Deutschlands hat Köln 1867 die Versicherungssumme der Konkursmasse in einem Falle zugesprochen, in welchem die Zahlbarkeit an die gesetzlichen Erben ausbedungen war. Desgleichen Mainz, Colmar, wo die in der Police enthaltene Bestimmung zu Gunsten von Frau und Kindern als ungenügend bezeichnet wurde. — Aus dem rechtsrheinischen Theile Deutschlands werden keine neuere Judikate angeführt, als die bereits in dieser Ztschr. Bd. XI, S. 306 ff. nachzuschlagenden. In Oesterreich hat der höchste G.-H. wiederholt entschieden, daß Lebensversicherungspolicen auf die Erben oder Rechtsnachfolger lautend als nicht zum Nachlaß gehörig und außer dem Rechtsbereich der Gläubiger liegend betrachtet werden. Urtheile in diesem Sinne von 1874, 1875, 1876, 1877. In dem letztern wird ausdrücklich gesagt: Der „Erbe" sei der Bezugsberechtigte, nicht weil die V.-S. zur Verlassenschaft gehört, sondern weil in dem Vertrage der Erbe des M. der Vers.-Anstalt als der Bezugsberechtigte bezeichnet und die letztere zur Zahlung an ihn angewiesen wurde. „Mit dem Tode des M. wurde für seine Erben die Forderung der Versicherungssumme wirksam, nicht auf Grund des Erbrechts, sondern auf Grund des Assekuranzvertrages." — Aus Italien wird zunächst ein Werk des Adv. Sacerdoti, Dozenten des Handelsrechts an der Universität Padua angeführt. (Contratto d'assicurazione). In der vorwürfigen Frage basirt Sacerdoti auf Unger (Verträge zu Gunsten Dritter, 1869), welcher Bestimmtheit des Dritten im Zeitpunkt der Vertrags-

Digitized by Google

errichtung fordert. Die Klausel „zahlbar an die Kinder, Erben, Rechtsnachfolger" u. dgl. sei daher wirkungslos.

Der Appellhof zu Turin hatte am 26. April 1875 folgenden Fall zu entscheiden: „Die Clausel lautete: Zahlbar an meine Erben oder aber an meine Ordre. Der versichernde Vater starb jedoch ohne von dem vorbehaltenen Verfügungsrecht Gebrauch gemacht zu haben; nun entstand ein Prozeß darüber, ob die Versicherungssumme in die Nachlaßmasse falle oder dem einzigen noch minderjährigen Kinde des Verstorbenen eigenen Namens gehöre. Bemerkt wird, daß das Kind bereits zur Zeit des Versicherungsabschlusses geboren war. Das Gericht sprach dem Kinde die Versicherungssumme im Betrag von L. 10,000 zu, namentlich aus folgenden Gründen: Bei der Auslegung von Verträgen müsse man mehr der gemeinschaftlichen Absicht der Parteien nachforschen, als bei dem buchstäblichen Sinn der Worte stehen bleiben. Das Motiv zum Abschluß der Lebensversicherungsverträge sei in der Regel die Sorge für die Zukunft einer theuern Person. Im vorliegenden Falle sei für den Vater die Liebe zu seinen Kindern und die Sorge für deren Zukunft bestimmend gewesen; er habe denselben im Falle seines frühzeitigen Todes ein Kapital sichern und sie vor Unglück bewahren wollen .... Durch den Ausdruck meine Erben habe er, wie das öfters von Eltern geschehe, seine Kinder, nicht aber seine Erbschaft, eine juristische Person, bezeichnen wollen. An der Mehrzahl brauche man sich nicht zu stoßen. Die gleiche väterliche Fürsorge habe den Vater für das bereits geborene und die noch zu erwartenden Kinder beseelt. Das Kind erwerbe daher die Versicherungssumme kraft eigenen Rechts und unabhängig von seiner Qualität als Erbe."

Diese Anschauungsweise zeigt große Verwandtschaft mit derjenigen des bernischen Appellations- und Kassationshofes; aber die faktischen Voraussetzungen des vorliegenden Falles Stephani weisen bedeutende Verschiedenheiten von dem Turiner Falle auf.

In seinem folgenden Paragraph stellt Scherer die einzelnen bisher über unsere Frage aufgestellten Theorien dar (Pariser Kassationshof, vertheidigt von Laurent, Demolombe, Labbé, Pothier, die deutschen Gerichte, weitere Literatur — hier wird auch dieser Zeit-

Digitized by Google

sicherungssumme dem Zugriffsrecht der Gläubiger unterliege, so sei der Zweck des ganzen Instituts verfehlt. Nach diesen einleitenden Bemerkungen stellt Verf. zunächst die Praxis in Frankreich, Deutschland, Oesterreich, Italien dar. In Frankreich besteht Zwiespalt zwischen mehreren Appellationshöfen und dem Kassationshofe. Letzterer hat noch in den Jahren 1875, 1876, 1879, 1880 die Versicherungssumme den Gläubigern zugesprochen in Fällen, wo die Police zu Gunsten der héritiers ou ayants-droit oder „zahlbar an meine Erben oder an meine Ordre" lautete; dagegen dem dritten „Beneficiar", wenn derselbe beim Versicherungsabschluß konkurrirte. Von den linksrheinischen Gerichten Deutschlands hat Köln 1867 die Versicherungssumme der Konkursmasse in einem Falle zugesprochen, in welchem die Zahlbarkeit an die gesetzlichen Erben ausbedungen war. Desgleichen Mainz, Colmar, wo die in der Police enthaltene Bestimmung zu Gunsten von Frau und Kindern als ungenügend bezeichnet wurde. — Aus dem rechtsrheinischen Theile Deutschlands werden keine neuere Judikate angeführt, als die bereits in dieser Ztschr. Bd. XI, S. 306 ff. nachzuschlagenden. In Oesterreich hat der höchste G.-H. wiederholt entschieden, daß Lebensversicherungspolicen auf die Erben oder Rechtsnachfolger lautend als nicht zum Nachlaß gehörig und außer dem Rechtsbereich der Gläubiger liegend betrachtet werden. Urtheile in diesem Sinne von 1874, 1875, 1876, 1877. In dem letztern wird ausdrücklich gesagt: Der „Erbe" sei der Bezugsberechtigte, nicht weil die V.-S. zur Verlassenschaft gehört, sondern weil in dem Vertrage der Erbe des M. der Vers.-Anstalt als der Bezugsberechtigte bezeichnet und die letztere zur Zahlung an ihn angewiesen wurde. „Mit dem Tode des M. wurde für seine Erben die Forderung der Versicherungssumme wirksam, nicht auf Grund des Erbrechts, sondern auf Grund des Assekuranzvertrages." — Aus Italien wird zunächst ein Werk des Adv. Sacerdoti, Dozenten des Handelsrechts an der Universität Padua angeführt. (Contratto d'assicurazione). In der vorwürfigen Frage basirt Sacerdoti auf Unger (Verträge zu Gunsten Dritter, 1869), welcher Bestimmtheit des Dritten im Zeitpunkt der Vertrags-

Digitized by Google

errichtung fordert. Die Klausel „zahlbar an die Kinder, Erben, Rechtsnachfolger" u. dgl. sei daher wirkungslos.

Der Appellhof zu Turin hatte am 26. April 1875 folgenden Fall zu entscheiden: „Die Clausel lautete: Zahlbar an meine Erben oder aber an meine Ordre. Der versichernde Vater starb jedoch ohne von dem vorbehaltenen Verfügungsrecht Gebrauch gemacht zu haben; nun entstand ein Prozeß darüber, ob die Versicherungssumme in die Nachlaßmasse falle oder dem einzigen noch minderjährigen Kinde des Verstorbenen eigenen Namens gehöre. Bemerkt wird, daß das Kind bereits zur Zeit des Versicherungsabschlusses geboren war. Das Gericht sprach dem Kinde die Versicherungssumme im Betrag von L. 10,000 zu, namentlich aus folgenden Gründen: Bei der Auslegung von Verträgen müsse man mehr der gemeinschaftlichen Absicht der Parteien nachforschen, als bei dem buchstäblichen Sinn der Worte stehen bleiben. Das Motiv zum Abschluß der Lebensversicherungsverträge sei in der Regel die Sorge für die Zukunft einer theuern Person. Im vorliegenden Falle sei für den Vater die Liebe zu seinen Kindern und die Sorge für deren Zukunft bestimmend gewesen; er habe denselben im Falle seines frühzeitigen Todes ein Kapital sichern und sie vor Unglück bewahren wollen .... Durch den Ausdruck meine Erben habe er, wie das öfters von Eltern geschehe, seine Kinder, nicht aber seine Erbschaft, eine juristische Person, bezeichnen wollen. An der Mehrzahl brauche man sich nicht zu stoßen. Die gleiche väterliche Fürsorge habe den Vater für das bereits geborene und die noch zu erwartenden Kinder beseelt. Das Kind erwerbe daher die Versicherungssumme kraft eigenen Rechts und unabhängig von seiner Qualität als Erbe."

Diese Anschauungsweise zeigt große Verwandtschaft mit derjenigen des bernischen Appellations- und Kassationshofes; aber die faktischen Voraussetzungen des vorliegenden Falles Stephani weisen bedeutende Verschiedenheiten von dem Turiner Falle auf.

In seinem folgenden Paragraph stellt Scherer die einzelnen bisher über unsere Frage aufgestellten Theorien dar (Pariser Kassationshof, vertheidigt von Laurent, Demolombe, Labbé, Pothier, die deutschen Gerichte, weitere Literatur — hier wird auch dieser Zeit-

Digitized by Google

schrift Bd. XI Erwähnung gethan. — Von der Theorie des Kassationshofes und Laurent's sagt er, sie treffe das Institut der L. V. in seiner Lebensfähigkeit und komme einer Vernichtung desselben gleich. Wir wüßten nicht, daß z. B. die zahllosen neuen Versicherungsanstalten, die man in den letzten Jahren in Frankreich entstehen sah, diese Ansicht rechtfertigten. — Labbé sucht die Berechtigung des Dritten aus einer negotiorum gestio des Versicherungskontrahenten herzuleiten, welche noch nach dem Tode des letztern ratihabirt werden könne. In Bezug auf die Gesammtsumme der eingezahlten Prämien dagegen liege eine Schenkung vor, welche im Fall des Konkurses oder der Ueberschuldung des Nachlasses unwirksam werde. — Die herrschende Meinung in Frankreich faßt Scherer in folgende Sätze zusammen: Der Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten zerfällt in zwei Theile:

1) den Vertrag zwischen dem Versicherten und dem Versicherer; die Natur desselben ist eine aleatorische. Durch Abschluß desselben ist der Anspruch auf die Versicherungssumme in das Vermögen des Versicherten übergegangen. Dieser Anspruch ist nur ein betagter; der Fälligkeitstermin tritt mit dem Tode des Versicherten ein;

2) die darin enthaltene Schenkungsofferte des Versicherten an den Dritten, welche von diesem nach Maßgabe des Art. 1121 c. civ. angenommen werden kann. Der durch die Annahme entstehende Vertrag ist seinem Wesen nach eine Schenkung, aber von den gesetzlichen Formen einer solchen befreit, weil er ein Accessorium des an keine besondere Form geknüpften Hauptvertrages bildet.

Durch diesen zweiten Vertrag wird der Anspruch auf die Versicherungssumme an den Dritten übertragen. Die Denunciation dieses Uebertrages, dieser Cession an die versichernde Gesellschaft ist deßhalb nicht nothwendig, weil sie durch den Hauptvertrag gewissermaßen anticipirt wird. Bis zur Annahme der Schenkungsofferte bildet der Versicherungsanspruch einen Bestandtheil des Vermögens des Versicherten. Sobald daher die Gläubiger die Hand darauf legen, kann der Dritte die Schenkung nicht mehr acceptiren. —

Digitized by Google

Wenn ein Konkurs des Versicherten eintritt, so unterliegt die Annahme der Schenkung den Grundsätzen über die Anfechtung. Die Schenkung an eine persona incerta sive futura ist selbstverständlich unmöglich; denn die Vertragsofferte muß an eine bestimmte, existirende, vertragsfähige Person gerichtet sein und außerdem von dieser acceptirt werden, um Wirkung äußern zu können. Eine Lebensversicherung zu Gunsten der Erben oder von Frau und Kindern, was gleichbedeutend sei, muß daher wirkungslos erachtet werden. —

Nach diesen Grundsätzen könnte ein bernischer Ehemann keine Lebensversicherung zu Gunsten seiner Frau abschließen, weil er ihr vorbehaltenes Gut nicht durch Geschenke vermehren darf, Satz. 90 ff. C. Ztschr. VI 81, XVII 279.

Die Theorie der deutschen Gerichte dagegen resümirt Scherer wie folgt:

1. Die Auffassung, daß eine Schenkung des Versicherers (Versicherungskontrahenten) an den Dritten vorliege, als deren Gegenstand der dem Dritten verschaffte Anspruch auf die Versicherungssumme erscheint, kann nicht für richtig erkannt werden; es fehlt das Merkmal der Veräußerung.

2. Zur Erwerbung des Anspruchs ist für den Dritten sein Beitritt zum Vertrag oder ein von seiner Seite hinzukommender besonderer Acceptations- oder Genehmigungsakt nicht erforderlich. Sein Recht wird durch den Vertrag von selbst oder unmittelbar begründet; nur ist es in der Regel nach der Absicht der Kontrahenten bis zum Tode des Promissars ein widerrufliches.

3. Der Rechtserwerb des Dritten darf nicht so gedacht werden, als ob das Recht auf die Versicherungssumme zunächst dem Versicherer erworben und sofort (durch Cession) auf den Dritten übertragen oder erstreckt worden wäre; eine solche Fiktion steht mit dem Willen der Kontrahenten und mit dem Zwecke des Vertrags in geradem Widerspruch. Der Rechtserwerb des Dritten ist vielmehr ein originärer. —

Die Nationalökonomie, so führt Scherer unter Hinweis besonders auf Schäffle's gesellschaftliches System der menschlichen Wirthschaft ferner aus, stellt die Versicherungsanstalt auf gleiche

Digitized by Google

Linie mit einer Sparkasse. Alle Arten von Versicherung haben ihre Grundlage in der solidarischen Vereinigung sämmtlicher Risiken aller Versicherten, wodurch ein Normalsatz für das Durchschnittsrisiko herauskommt. Die Versicherungsanstalt sei nur die Verwalterin der ersparten Prämien. Das Personalversicherungswesen sei eine zum Zweck der Familienversorgung getroffene Ausgleichung der Einkünfte verschiedener Perioden. Für diesen Zweck wäre nun offenbar schlecht gesorgt, wenn die Versicherungssumme dem Zugriff der Gläubiger unterliegen würde.

Von dieser natinalökonomischen Auffassung geht nun der Verfasser bei der selbständigen Beantwortung der vorwürfigen Streitfrage aus. Die Versicherungssumme ist ihm nur das von vorneherein festgesetzte Aequivalent für die einbezahlten Prämien. Letztere empfängt die Anstalt als negotiorum gestor des dritten Begünstigten, indem er den der Leistung des Promissars beigefügten Modus zu erfüllen übernimmt. Danach ist der Dritte der eigentliche Versicherte; Versicherer ist nicht die Anstatt, sondern der mit ihr kontrahirende Promissar; die Versicherungsgesellschaft ist „einzig und allein die Verwalterin der eingezahlten Prämien und einer Sparkasse insofern nicht unähnlich." „Der Versicherer schenkt dem Dritten die Prämien bezw. deren Aequivalent. Die Gesellschaft vertritt bei dieser Schenkung den Dritten; sie übernimmt die Stelle, das Geschenk an seine Adresse zu befördern. Als Handgeschenk ist es von jeder Form befreit." Somit ist ein Zugriff der Gläubiger in der Regel ausgeschlossen.

Was nun die Schlüsse betrifft, so hält Scherer die Klausel „zahlbar an meine Kinder" für gültig, abgesehen davon, ob zur Zeit des Vertragsschlusses Kinder vorhanden waren oder nicht, weil eine stillschweigende Wiederholung des Willens des Versicherers anzunehmen sei. „Dagegen", so fügt derselbe bei, „dürfte die Klausel: zahlbar an meine Erben wirkungslos sein. Zwar spricht die Vermuthung dafür, daß Niemand seinen Nachlaß oder seine Gläubiger versichern will, allein die Bezeichnung Erben ist so allgemein, daß hieraus nicht wohl geschlossen werden kann, daß der Versicherer hierdurch für besondere

Digitized by Google

Personen eine Fürsorge habe treffen wollen. Die Versicherungssumme bildet in diesem Falle einen Theil des Nachlasses." —

---

14. Rechtsversicherung kann gestützt auf § 51 litt. b. P. nur verlangt werden, wenn ein liquides Summenversprechen des Betriebenen vorliegt.

Käsereigesellschaft Ins c. Hartmann.

17. Febr. 1883.

Die Käsereigesellschaft Ins hatte den J. Hartmann als Bürgen ihres Milchkäufers, welcher die Zahlungsaufforderung unwidersprochen gelassen hatte, für Fr. 4171. 34 in Betreibung genommen. Auf erhobenen Widerspruch stellte sie ein Rechtsversicherungsbegehren, gestützt auf den schriftlichen Milchkaufvertrag und die demselben beigefügte Bürgschaftsverpflichtung des Impetraten. Sie wurde mit demselben vom Gerichtspräsidenten abgewiesen und dieser Entscheid oberinstanzlich bestätigt.

Erwägungsgründe:

Die ratio legis des § 51 litt. b P. ist, wie schon wiederholt ausgeführt wurde,*) darin zu suchen, daß der Gläubiger mit Bezug auf die Kosten eines Prozesses sicher gestellt werden soll, welchen er gegen einen Schuldner anzuheben genöthigt ist, von dem zu vermuthen ist, er bestreite die gegner'sche Forderung nur aus Zahlungsflüchtigkeit. Eine solche Präsumtion kann aber selbstverständlich bloß in dem Falle Platz greifen, wenn durch Urkunden wenigstens vorläufig der Beweis in liquider Weise erbracht ist, daß der Beklagte dem Kläger eine bestimmte Summe schuldet, m. a. W. wenn von Seite des Schuldners ein liquides Summenversprechen vorliegt. Bei zweiseitigen Geschäften wird dies nur selten der Fall sein, da sich hier Leistung und Gegenleistung bedingen und die letztere nur insofern eingeklagt werden kann, als auch der Kläger seine Leistung erfüllt hat (Satz. 704 C., Art 95 O.-R.). So ist auch in casu nicht konstatirt, daß die Kläger den Milchlieferungsvertrag mit dem Schuldner in allen Theilen erfüllt haben, und ebensowenig läßt sich gegenwärtig entscheiden, ob nicht der Beklagte allfällig begründete Gegenansprüche aus jenem Vertrage widerklagsweise der kläger'schen Gesellschaft wird ent-

*) Vgl. S. 299 hievor.

Digitized by Google

gegensetzen können. Durch die Thatsache, daß der insolvente Schuldner gegen die an ihn erlassene Zahlungsaufforderung nicht Widerspruch erhoben hat, wird der Frage, ob und in wie weit der Bürge der Klägerin gegenüber zu haften hat, in keiner Weise präjudizirt, indem dem Bürgen gegen den kläger'schen Anspruch ein selbständiges Recht auf Vertheidigung zusteht. Mithin fehlt im vorliegenden Falle die Voraussetzung, von welcher das Gesetz die Begründetheit eines Rechtsversicherungsbegehrens gemäß § 51 litt. b P. abhängig macht, nämlich der urkundliche Beweis des Bestehens einer liquiden Geldforderung der Klägerin an den Beklagten, und das streitige Begehren der Impetranten entbehrt daher der Begründung.*)

15 Actio Pauliana, wegen Herausgabe von Muttergut durch Ueberbund, abgewiesen.

Recht der Kinder, die Ausstellung eines Empfangscheins über Muttergut zu verlangen.

Geltstagsmasse Herzig c. Friedr. Herzig.

22. Febr. 1883

Vgl. Ztschr. XVII, 31, 118; Nr. 3 hievor.

Albr. Herzig fiel in Geltstag, nachdem er durch Verkauf eines Grundstücks an einen Sohn unter Ueberbindung einer Summe von Fr. 571. 43 das halbe Muttergut seiner Kinder gesichert. Diese Rechtsgeschäfte wurden von den Gläubigern angefochten durch Klage gegen den käufer'schen Sohn Friedr. Herzig. Die Abweisung stützt sich auf folgende

Erwägungsgründe:

1. Der Beklagte bestreitet in erster Linie die Passivlegitimation und macht in dieser Hinsicht geltend, daß in dem vorliegenden Falle nicht alle bei dem angegriffenen Kaufvertrage Betheiligten in's Recht gefaßt seien und aus diesem Grunde von Kassation nicht die Rede sein könne, jedenfalls nicht in Bezug auf die zu Gunsten Dritter, beim heutigen Prozesse nicht Betheiligter, lautenden Ueberbünde. Von der Erörterung dieser Frage, ob zur Kassation nothwendig auch die Ueberbundsgläubiger als Betheiligte hätten in's Recht gefaßt werden müssen, kann hier Umgang genommen werden,

*) NB. Diese Entscheidung entspricht ohne Zweifel den Grundsätzen einer richtigen Gesetzesauslegung. Die frühere Praxis — vgl. Ztschr. f. bat. R. IX 346, Ztschr. d. b. J.-Ver. V 61, IX 187, hatte den Ausdruck „Schuldschrift" auf viel zu ausdehnende Weise interpretirt.

Digitized by Google

da die Klage vor Allem der materiellen Begründung entbehrt und deßhalb abzuweisen ist. Jedenfalls steht fest, daß das heutige Urtheil bloß für den einzig ins Recht gefaßten Friedr. Herzig, nicht aber für die Ueberbundsgläubiger verbindlich sei kann (cf. Urth. v. 21. Sept. 1877 i. S. Masse Großen c. P. Großen, Ztschr. XIV, S. 261.*)

2. Wenn sodann vom Beklagten heute ferner geltend gemacht wird, daß die Anstellung der Paulianischen Klage erst nach Beendigung des Geltstages statthaft sei, so kann diese Ansicht nicht gebilligt werden. Ein solcher Grundsatz wäre nicht im Einklange mit den Vorschriften unserer Geltstagsordnung, im Besondern den §§ 564 ff. V.-V. und hätte zudem große praktische Unzulänglichkeiten im Gefolge, indem ja gerade durch die Durchführung einer actia Pauliana der Bestand des Massavermögens verändert wird und es sich demgemäß im Gegentheil empfiehlt, den definitiven Abschluß erst dann vorzunehmen, wenn der Bestand des Massavermögens endgültig festgestellt ist. Bei vorheriger Anhebung der Klage ergibt sich allerdings unter Umständen einige Schwierigkeit, den Nachweis der Schädigung der Gläubiger zu erbringen. Doch kann dieß nicht in Betracht fallen.

3. In casu entsteht denn auch diese Schwierigkeit nicht, indem prozedürlich feststeht, daß gar kein Vermögen in die Masse fiel, somit die Schädigung der Gläubiger durch fraglichen Verkauf des einzigen Vermögensgegenstandes auf der Hand liegt, ebenso wie in die Augen springend ist, daß der Cridar den Kauf mit dem Sohne deßhalb abschloß, um den kläger'schen Gläubigern, denen gegenüber er zu Prozeßkosten verurtheilt worden war, das Nachsehen zu bereiten. Aber eine betrügerische Handlung, welche deßhalb angefochten werden könnte, liegt hier gleichwohl nicht vor. Denn einmal fand die Abtretung nicht unter dem wahren Werthe statt, was auch die Klage keineswegs behauptet, und dann ist auch der weitere von der kläger'schen Masse angenommene Standpunkt nicht haltbar.

4. Es gehen nämlich die Geltstagsgläubiger in ihrer Klage von der irrigen Auffassung aus, daß die Muttergutsansprache der Kinder im Geltstage des Vaters nur dann Anspruch auf Anweisung in Klasse III d. habe, wenn sich dieselbe auf einen in aller Form errichteten Weibergutsempfangschein stütze, ein Muttergutsempfangschein hingegen, der zu Gunsten der Kinder errichtet wird, keinerlei Privileg begründen könne. Dabei beruft sich die Klagepartei heute im Wesentlichen darauf, daß die Kinder nach

*) Ferner Ztschr. XVII 32, 119.

Digitized by Google

Satz. 159 C. nur in diejenigen Rechte eintreten, welche der Mutter nach Satz. 88 und 99 bis 106 zugesichert seien, nicht aber auch die Satz. 94 bis 98, welche vom Weibergutsempfangschein handle, analoge Anwendung bezüglich des Mutterguts finden können, wie denn die Kinder überhaupt nur stellvertretungsweise in die bereits konstituirten Rechte der Mutter eintreten können. Nun hat aber in der Praxis bisher niemals ein ernstlicher Zweifel darüber geherrscht, daß den Kindern das Recht zusteht, sich vom Vater einen Muttergutsempfangschein ausstellen zu lassen und daß einem solchen die gleichen Wirkungen zukommen, wie dem Weibergutsempfangschein (cf. Schnell, Anm. zu Satz. 94 und 159 C., König, Anm. zu Satz. 159 C., Kurz, Rechtsfreund S. 106 ff., Tarif über die Gebühren der Amtsschr. v. 16. Mai 1878, § 7 und v. 4. März 1882, § 9. Einzig Prof. Leuenberger betrachtet die Frage als eine zweifelhafte, Vorles. Bd. II, 3. Liefg., S. 88 und 191.) Daß in Satz. 159 C. nicht auch auf Satz. 94 bis 98 verwiesen wird, hat offenbar seinen Grund in der Annahme Seitens des Gesetzgebers, es werde der Empfangschein jeweilen unmittelbar nach stattgefundenem Einbringen des Vermögens ausgestellt werden und demnach die Kinder überhaupt nicht in den Fall kommen, die Ausstellung eines Empfangscheines verlangen zu müssen. Nach Sinn und Geist der Satz. 159, 519 und 521 C. treten die Kinder in alle Rechte der Mutter in Bezug auf ihr zugebrachtes Gut ein und können folgerichtig nicht uur in gleicher Weise, wie die Ehefrau selbst, den Vater zur Sicherstellung oder Herausgabe der privilegirten Hälfte Mutterguts, sondern auch zur Ausstellung eines Empfangscheines anhalten. Uebrigens bildet, wie der hierseitige Gerichtshof schon wiederholt entschieden hat (vide Ztschr. Bd. 17, S. 36), der Empfangschein keine nothwendige Voraussetzung des Herausgabevertrages, als welcher sich der angefochtene Ueberbund darstellt. Es kann somit nicht die Rede davon sein, daß die Herausgabe der Hälfte Mutterguts, resp. die Ueberbindung der bezüglichen Forderungen, eine rechtswidrige, betrügerische Handlung sei und der Cridar dadurch Gläubiger eines mindern Ranges vor solchen, die einen bevorzugten Rang haben, widerrechtlich begünstigt habe, indem jedenfalls den Kindern für ihre halbe Muttergutsansprache Anweisung in Klasse III d. hätte ertheilt werden müssen (§ 586, litt. d V.-V.).

5. Wenn sodann die Klägerschaft noch ferner ausstellt, jedenfalls sei der Muttergutsempfangschein nicht in aller Form Rechtens abgefaßt, indem er den gleichen Formvorschriften unterliege, wie der Weibergutsempfangschein, so ergibt sich hiefür aus den Akten kein thatsächlicher Anhaltspunkt und ist dieser Einwand nach dem Gesagten zudem ein unerheblicher.

Digitized by Google

16. Das Anzeichnen stehender Bäume mit dem sog. Waldhammer bildet keine wirksame Traditionsform, zumal wenn der Veräußerer das Schlagen derselben zu besorgen und sie an einem dritten Orte dem Erwerber zu übergeben hat.

Lehner und Wälchli c. Geltstagsmasse Balz.

23. Febr. 1883.

König, Civ.-Ges. erl. II 43.

17. Bei domicilirten Wechseln ist das Wechseldomicil als erwählter Wohnsitz des Schuldners für alle Betreibungsakte zu betrachten. W.-O. § 96. Dies gilt auch gegenüber Schuldnern die in einem andern Kanton festen Wohnsitz haben.

Kropfli c. Tschann-Zeerleder u. Cie.

1. März 1883.

Vgl. Bundesger. A. S. VII, 10 u. dort. Cit.

18. Haftpflicht der Eisenbahnen für Tödtungen und Verletzungen.

Häubi c. Jura-Bern-Luzern-Bahn.

2. März 1883.

Einem Manövristen mit Fr. 3. 30 Taglohn wurde wegen Verlusts eines Fußes und von drei Fingern der rechten Hand eine Entschädigung von Fr. 10,000 nebst Fr. 500 Heilungskosten zugesprochen. Dabei wurde für den Fall späterer Verschlimmerung der Gesundheitsumstände des Verletzten eine Erhöhung der Entschädigungssumme vorbehalten.

19. Stillschweigende Duldung der Führung der Unterschrift des Geschäftsherrn durch einen Angestellten berechtigt Dritte zur Annahme eines dauernden, allgemeinen Vollmachtsverhältnisses.

Berner Handelsbank c. Hähni.

9. März 1883.

Sigmund Hähni, Wirth in H., stand viele Jahre hindurch im Geschäftsverkehr und in offener Rechnung mit der Berner

Digitized by Google

Handelsbank in Bern. Für seine Korrespondenz und Buchhaltung bediente er sich seit 1876 eines gewissen J. Spahr, der die Gewohnheit hatte, Briefe für seinen Geschäftsherrn mit p. Sig. Hähni oder kurz Sig. Hähni zu unterzeichnen. Er erhob auch öfters Gelder auf der Bank für seinen Geschäftsherrn, und unterzeichnete die Quittungen mit seinem eigenen Namen und einem die Vollmacht andeutenden Zusatze. Am 30. September 1879 erschien Spahr bei der Kasse der Berner Handelsbank mit einem von ihm geschriebenen und „Sig. Hähni" unterzeichneten Briefe, in welchem die Bank ersucht wurde, dem Ueberbringer Fr. 1500, wo möglich in Gold, zu Lasten Hähni's auszuzahlen. Spahr erhielt das Gold gegen eine „per Sig. Hähni: Spahr" unterzeichnete Quittung und — suchte damit das Weite. Später verweigerte Hähni die Anerkennung dieser Zahlung und die Berner Handelsbank sah sich im Jahr 1881 genöthigt, gegen ihn Klage zu erheben mit dem Rechtsbegehren: Der Beklagte sei schuldig, die von der Klägerin laut Brief vom 29. und Quittung vom 30. September 1879 an Johann Spahr, den Buchhalter und Korrespondenten des Beklagten, verabfolgten Fr. 1500 als eine für den letztern verbindliche Zahlung zu betrachten und Klägerin sei berechtigt, diese Summe nebst Zins und Provision im Kontokurent des Beklagten zu verrechnen.

Eine vom Beklagten gegen die Aechtheit der Unterschrift im Briefe vom 19. September 1879 erhobene Einrede wurde abgewiesen und die Klage zugesprochen.

Erwägungsgründe:

1. .... Es frägt sich, ob diese Zahlung für Hähni in verbindlicher Weise erfolgte und ob er sich dieselbe anrechnen lassen muß oder nicht.

2. Dieß kann aber nur in dem Falle angenommen werden, wenn Spahr seinen Geschäftsherrn Hähni mit seiner Unterschrift gültig verpflichten konnte, was eine Vollmacht irgend welcher Art zur Voraussetzung hat.

3. Von einer ausdrücklich ertheilten Prokura im kaufmännischen Sinn kann hier nicht die Rede sein, indem Hähni weder ein bezügliches Circular erließ, wie dieß nach dem Expertenbefinden für den Fall, daß das Prokuraverhältniß ein länger andauerndes sein soll, im kaufmännischen Verkehr stets zu geschehen pflegt, noch eine spezielle schriftliche Vollmacht vorlag, die für einen einzelnen Fall dem Bevollmächtigten zur Legitimation gegenüber Dritten dienen könnte.

Digitized by Google

4. Es hat auch die Klägerin nicht sowohl hierauf abgestellt, als vielmehr geltend gemacht: Wenn auch Spahr nicht ausdrücklich die Prokura ertheilt worden sei, so habe er sich doch jedenfalls mit Wissen des Hähni während längerer Zeit thatsächlich als sein Prokurist gerirt. In der Duldung dieses Verhältnisses durch Hähni müsse aber eine stillschweigende Genehmigung der Führung der Prokura und der Unterschrift erblickt werden und demgemäß sei auch in casu die Legitimation des Spahr anzunehmen. Es wäre in diesem Falle von der Annahme auszugehen, daß bei gewissem Verhalten von Geschäftsherrn und Angestellten, nämlich in dem thatschälichen Bestehenlassen eines Vollmachtsverhältnisses durch Duldung der Führung der Unterschrift der Dritte censirt sei, eine Vollmacht im betreffenden Geschäftsverkehre überhaupt vorauszusetzen, und demgemäß rechtlich gegenüber Dritten eine solche als wirklich vorhanden anzunehmen ist, und der Geschäftsherr mithin nach Außen für die durch seinen präsumirten Vollmachtträger eingegangenen Verpflichtungen haften muß.

5. Eine solche Annahme einer Vollmacht, beruhend auf stillschweigender Willenserklärung des Geschäftsherrn, erscheint nun an und für sich als zulässig (Satz. 783 ff. C.). Auch die Experten stimmen in ihrem Befinden mit dieser Auffassung überein, indem sie annehmen, daß das Gehenlassen während längerer Zeit, wie hier, wo Spahr für Hähni zeichnete, Zahlungsordre ertheilte, Gelder sandte u. s. w., einer stillschweigenden Genehmigung gleich zu achten sei, und daher in casu die Handelsbank bei Spahr auch in Betreff der im Brief vom 29. September 1879 enthaltenen Zahlungsordre Vollmacht oder Prokura voraussetzen durfte und daher für Hähni verbindlich zahte.

6. Diese Annahme ist nach den prozedürlich festgestellten Umständen hier wirklich zutreffend. Während Spahr früher per oder p. Sig. Hähni unterzeichnete, setzte er in einer Reihe von Korrespondenzen vor dem 29. September 1879 bloß mehr Sig. Hähni, d. h. er unterzeichnete mit der Unterschrift seines Geschäftsherrn, in gleicher Weise, wie der Inhaber einer Firmaunterschrift zeichnet. In dieser Weise fand der ganze Geschäftsverkehr mit dem kläger'schen Bankhause statt. Spahr ertheilte mit der Unterschrift Sig. Hähni Aufträge zu Zahlungen auf Rechnung des Kredites des Beklagten, ertheilte Weisung, auf Hähni gezogene Tratten zu honoriren und übermittelte die nöthigen Fonds zur Deckung und zwar Alles in einer Reihe von Fällen. Daß nun diese Umstände dem Beklagten bekannt sein mußten, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Denn einmal konnte er aus den Briefkopirbüchern von den Verhandlungen, welche Spahr mit seiner

Digitized by Google

Unterschrift vornahm, Kenntniß nehmen, oder dann mußten sie ihm sicher aus den Antworten der Bank bekannt werden. Auch ein Blick in seine Geschäftsbücher konnte Hähni über die Thätigkeit des Spahr belehren. Es kann daher der Einwand des Beklagten, als habe er vom Schalten und Walten des Spahr und dem Führen seiner Unterschrift keine Kenntniß gehabt, nicht gehört werden.

7. Entscheidend fällt neben diesen durch Unterlassung irgend welchen Einspruchs genehmigten Verhandlungen der Umstand in's Gewicht, daß schon am 5. August 1878 in ganz analoger Weise die Klägerin durch einen von Spahr mit „Sig. Hähni" unterzeichneten Brief zur Aushändigung einer Summe von Fr. 1000 an den Ueberbringer zu Lasten Hähni's aufgefordert wurde, wobei ebenfalls Spahr das Geld in Empfang nahm und quittirte, ohne daß Hähni gegen die Anrechnung dieser Zahlung protestirte, dieselbe vielmehr dadurch genehmigte, daß er den ihm vom klägerschen Bankhause zugestellten Buchauszug, in welchem ihm diese Zahlung zu Lasten geschrieben war, als richtig anerkannte. Denn der vom Beklagten gegen diese Annahme erhobene Einwand, Spahr habe ihm durch eine Fälschung in seinen Geschäftsbüchern den Bezug dieses Postens zu verheimlichen gewußt, ist aus dem Grunde nicht stichhaltig, weil ihm bei nur einigermaßen genauer Verifikation seiner Bücher und Prüfung seines Rechnungsauszuges, was er als ordentlicher Geschäftsmann thun mußte, die Fälschung nicht hätte entgehen können und er Gelegenheit gehabt hätte, wegen Anrechnung dieser Summe Einspruch zu erheben. Wenn ihm die falsche Buchung dieser Zahlung aus Grund seiner eigenen Nachlässigkeit nicht bekannt war, so muß er die Folgen selbst tragen.

8. Hat nun aber der Beklagte während längerer Zeit seinen Angestellten Spahr in der angeführten Weise verhandeln lassen und in einem ganz analogen Fall die Zahlung an denselben für sich als gültig anerkannt, so durfte die heutige Klägerin den J. Spahr auch im Fragefall für legitimirt, sowohl zur Ertheilung der Zahlungsordre als zur Empfangnahme des Geldes und zur gültigen Quittirung ansehen. In diesem Falle greift die eben angegebene Annahme Platz und muß sich demgemäß Hähni die fragl. Zahlung anrechnen lassen.

. . . . . .

11. Aus dem Angebrachten ergibt sich auch die Unbegründetheit der erhobenen Fälschungseinrede, indem die Unterschrift Sig. Hähni, wenn auch nicht von ihm selbst herrührend, doch nicht als

Digitized by Google

eine rechtswidrige Handlung anzusehen ist und dieselbe Wirkung ausübt, wie wenn sie von Hähni selbst hingesetzt worden wäre.*)

20. Richterliches (Betreibungs-) Pfandrecht an Liegenschaften. Zeitpunkt der Entstehung desselben gegenüber Dritten.

Forster u. Mith. c. Kiener.

10. März 1883.

Ztschr. XIV, 267 u. dort. Citate.

Erwägungsgründe:

Die Kläger verlangen die Kassation des vom Beklagten gegen seinen Schuldner M. Lehmann in Golaten eingeleiteten Pfändungsverfahrens gestützt darauf, daß sie die gepfändeten Liegenschaften durch Kaufvertrag vom 29. Dezember 1881 von Lehmann erworben hätten, und daß in diesem Zeitpunkte dem Beklagten noch kein Dritten gegenüber wirksames Betreibungspfandrecht auf diesen Liegenschaften zugestanden habe. Dritten Personen gegenüber werde nämlich eine Pfändung von Liegenschaften erst dann perfekt und rechtsverbindlich, wenn gemäß §§ 466 u. 479 B.-B. vom Weibel ein förmliches Pfandverbal aufgenommen und eine Abschrift desselben behufs Anmerkung in der Pfändungskontrolle dem Grundbuchführer innert acht Tagen zugestellt worden. In casu sei nun die Pfändung am 30. Dezember 1881 erfolgt, dagegen das Pfändungsverbal erst am 12. Januar 1882 aufgenommen und erst an diesem Tage der Amtsschreiberei Laupen zur Anmerkung in der Pfändungskontrole zugestellt worden.

Richtig ist nun zunächst allerdings, daß der § 479 B.-B. bestimmt, es solle eine Kopie des Pfändungsverbals dem Grundbuchführer innert einer achttägigen Frist vom Datum der Pfändung an zugestellt werden. Indeß kann der Nichteinhaltung dieser Frist nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß dadurch die Pfändung hinfällig würde, da einerseits das Gesetz keine nachtheiligen Folgen an die Nichteinhaltung jener Frist knüpft und andrerseits auch die Praxis sich nicht an dieselbe hält.**)

---

*) Ob diese Auffassung mit §§ 199, 210 ff. P übereinstimme, darf bezweifelt werden. Red.

**) Gibt es keine Mittel um einer derartigen mißbräuchlichen Weibels Praxis entgegenzutreten? Red.

Digitized by Google

Von mehr Bedeutung ist der weitere Einwand, daß im Zeitpunkte der Fertigung die Pfändung der fraglichen Liegenschaften in der fragl. Pfändungskontrolle der Amtsschreiberei Laupen nicht eingetragen war. In dieser Beziehung ist aber Folgendes zu beachten: Am 30. Dezember 1881 pfändete Amtsgerichtsweibel Vögeli in Laupen dem Lehmann, welcher ihm am Tage vorher erklärt hatte, daß er kein Pfand besitze, die in Rede stehenden Liegenschaften unter ausdrücklicher Bezugnahme darauf, daß Lehmann dieselben zwar verkauft haben solle, daß aber die Fertigung noch nicht stattgefunden habe. Von dieser Pfändung wurde dann auch am 31. Dezember 1881 der Amtsschreiberei Laupen zur Vormerkung vorläufig Kenntniß gegeben, während die Fertigung der fragl. Liegenschaften erst am 31. Dezember 1881 und am 2. Januar 1882 erfolgte, also erst am letztern Tage perfekt war.*) Somit ging die Pfandnahme sowie die prozessualisch als zugestanden zu betrachtende Vormerkung der Pfändung der betr. Liegenschaften der Zufertigung derselben an die Kläger voraus und es muß daher die Pfändung als rechtsgültig erklärt werden, zumal das Pfandrecht schon durch die Pfandnahme erworben wird und die Anmerkung der Pfändung in der Pfändungskontrolle sowohl als eine allfällige Vormerkung derselben als bloße Sicherheitsmaßregeln zu betrachten sind (vgl. das Marginale zu § 411 ff. B.-B.). Als unerheblich erscheint mithin auch die Unterlassung des Amtsschreibers, die Pfändung in dem bezüglichen Nachschlagungszeugnisse anzuführen.

Bemerkung. Dieses Urtheil steht im Widerspruch mit einer konstanten Praxis. Der Appellations- und Kassationshof huldigte bisher der Ansicht, daß ein Betreibungspfandrecht an Liegenschaften für den Erwerber derselben nur dann verbindlich sei, wenn die Anmerkung der Pfändung in der dazu bestimmten Kontrolle der Amtsschreiberei vor der Fertigung des Veräußerungsvertrages stattgefunden habe. So namentlich noch im Urth. v. 29. Sept. 1877 i. S. Moll c. Villars (Ztschr. XIV 267),

---

*) Nach dem Thatbestand des Urtheils setzte am 31. Dezember der Gerichtsweibel den Amtsschreiber „vorläufig in Kenntniß" von der Pfändung; die Ausfertigung und Kontrollirung des Pfändungsverbals fand erst am 12. Januar statt. Red.

Digitized by Google

wo auf den Grundsatz der Oeffentlichkeit des Grundpfandrechts hingewiesen wurde, welcher unserm Hypothekarsystem zu Grund liege und im Betreibungsverfahren nur durch diese Eintragung gewahrt werde. Es ist insbesondere auf § 487, Abs. 2 B.-B. aufmerksam zu machen, wo eine Veräußerung u. s. w. gepfändeter Liegenschaften **nach** Eintrag der Pfändung auf dem Hypothekenbüreau unter Verweisnng auf §§ 477 bis 479, welch letzterer die Anmerkung der Pfändung „auf dem Grundbuchbüreau des Bezirks, in welchem die Pfandgegenstände liegen, in einer hiezu bestimmten Kontrolle" verlangt, als „den Rechten der (betreibenden) Gläubiger unnachtheilig" erklärt wird. Diesem Texte gegenüber kann die Marginalbezeichnung „Sicherungsmaßregeln" zu §§ 477 ff. nicht entscheiden. Allerdings ist es ein Uebelstand, daß das Stillschweigen des Nachschlagungszeugnisses in Betreff einer solchen Pfändung nicht in Betracht fällt und so ein gültiges Pfandrecht noch in dem Zeitraum zwischen der Ausstellung des Nachschlagungszeugnisses und der Fertigung erworben werden kann (vgl. Ztschr. V 189, Nr. 5)*); allein das Prinzip der Oeffentlichkeit, welches die Satzungen 482 und 486 C. fordern, bleibt gewahrt. Vgl. König, Civ.-Ges. erl. II,

---

* Die Motive dieses a. a. O. nur summarisch mitgetheilten Urtheils vom 12. Febr. 1869 lauteten:

„daß der Kaufvertrag um ein Grundstück bloß ein persönliches Recht des Uebernehmers begründet, den Verkäufer zu der Uebergabe durch die Fertigung anzuhalten, dagegen das Grundstück erst durch die erfolgte Fertigung in das Eigenthum des Uebernehmers übergeht (Satz. 434 C.);

„daß daher Jak. Bl. erst unterm 20. Nov. 1867 — Datum der Fertigung — in den eigenthümlichen Besitz der Kaufsgegenstände gelangte;

„daß bis dahin Jak. M. für seine Forderung an Joh. R. die fragl. Gegenstände gültig pfänden konnte, und die am 14. Okt. bewerkstelligte, am 17. Okt. — beides 1867 — in der Pfändungskontrolle des Amtsschreibers von K. angemerkte Pfändung unter Beobachtung der gesetzlichen Formen stattgefunden hat;

„daß mithin Jb. M. ein wohlerworbenes gerichtliches Pfandrecht hat;

„daß bei dieser Sachlage der Umstand, daß dieses Pfandrecht im Erwerbtitel des B. nicht angezeigt wurde, davon herrührend, daß R. die gleichen Gegenstände weiter veräußerte, welche er sich pfänden ließ, und daß die Anmerkung der Pfändung auf der Amtsschreiberei erst am Tage nach Ausstellung des Nachschlagungszeugnisses erfolgte, — dem Rechte des Jak. M. nicht zum Nachtheil gereichen kann und soll."

Digitized by Google

S. 322. Zur Zeit der Erlassung des Civ.-G.-B., Abth. dingl. Sachenrecht, galt für die Entstehung des richterlichen Pfandrechts die Vorschrift der Gerichtssatzung Fol. 211, Satz. 17, wonach die „ordentliche Beschreibung" derjenigen Grundstücke, „darob der Gläubiger sich zu erholen gedenkt," also ein förmliches Pfandverbal, erforderlich war, und bei Berathung der heutigen Bestimmung im Großen Rathe machte der Berichterstatter Niggeler ausdrücklich auf die Nothwendigkeit aufmerksam, daß auch bei Betreibungspfandrechten an Liegenschaften das Prinzip der Oeffentlichkeit gewahrt werde. Er sagte: „Im Gesetz über die Fertigungen ist vorgeschrieben, daß die Handänderungskontrakte um Liegenschaften behufs der Nachschlagung vor der Fertigung an die Amtsschreiberei abgegeben werden sollen. Wird nun die Pfändung dort sogleich angemerkt, so wird dieselbe bei der spätern Nachschlagung auch sicher entdeckt werden können. Diese Vorschrift ist jetzt um so nöthiger als infolge des gestrigen Beschlusses das Institut der Gantmeister abgeschafft worden" (Tgbl. des Gr. Raths, 28. Juli 1847). Dem Gantmeister aber mußte nach bisherigem Recht die Beschreibung der gepfändeten Grundstücke übergeben werden, „daraus Jedermann ersehen könne, was und wieviel es sei" (Satz. 1, Fol. 245). — Da das Urtheil, wie uns mitgetheilt wird, nur mit schwacher Mehrheit zu Stande kam, so hoffen wir, es bedeute keinen definitiven Bruch mit der bisherigen Anschauung.

Digitized by Google

Uebersicht der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Justizsachen.*)

Jahrgang 1882.

Mitgetheilt von Herrn Oberrichter Lienhard.

---

1. Auch in Streitsachen, welche der endlichen Kompetenz des Gerichtspräsidenten unterliegen, muß ein Aussöhnungsversuch vor dem Friedensrichter stattfinden.**)

In Betrachtung:

1. daß die Frage, ob in Streitsachen, die der endlichen Kompetenz des Gerichtspräsidenten unterliegen, ein Aussöhnungsversuch vor dem Friedensrichter stattfinden müsse, durch Beschwerdeurtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 4. Januar 1855 (Johann Wälti c. Richteramt Konolfingen)***) grundsätzlich in bejahendem Sinne entschieden worden ist;

2. daß nach einigen Ausgaben der Sammlung der Civil- und Civilprozeßgesetze des Kantons Bern der § 310 P. allerdings vorschreibt, daß in Streitsachen, die der endlichen Kompetenz des Gerichtspräsidenten unterliegen, die Anhebung der Streitverhandlung ohne vorherigen Aussöhnungsversuch stattfinde;

3. daß aber der Große Rath, entgegen dem Antrag der Gesetzgebungskommission, beschlossen hat, daß auch in diesen Streitsachen ein förmlicher Aussöhnungsversuch vor dem Friedensrichter stattfinden solle und daß in Folge dessen die im Gesetzesentwurf bei den Vorschriften über den Sühneversuch (§ 115 des Gesetzes) vorhanden gewesene Ausnahmsbestimmung, daß in den fraglichen Streitsachen kein Sühneversuch stattfinden solle, gestrichen worden ist;

4. daß im § 310 P. die Worte „ohne vorherigen Aussöhnungsversuch" offenbar nur in Folge eines Versehens stehen geblieben sind, welches auch später, auf der letzten Blattseite des

---

*) Die Entscheidungen, welche für das neue Prozeßverfahren keine Bedeutung haben, sind weggelassen; ebenso die Entscheidungen in Kompetenzkonflikten zwischen den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, welche einer besonderen Zusammenstellung vorbehalten werden.

**) Anderer Ansicht König in Ztschr. VIII, S. 225 ff. — Die Praxis befolgte die vom App.-Hof festgehaltene Ansicht. Red.

***) Ztschr. f. vaterl. Recht, Bd. 14, S. 49.

Digitized by Google

Gesetzes über das Vollziehungsverfahren vom 31. Juli 1847 berichtigt worden ist, indem dort erklärt wird, daß diese Worte bei der endlichen Redaktion irrthümlicher Weise stehen geblieben und demnach zu streichen seien. (Müller c. Tschumi u. Friedensrichter von Bern; 30. September.)*)

2. **Rechtsversicherung kann nur in eigentlichen Civilprozessen verlangt werden; ein daheriges Begehren ist im Beschwerdverfahren gegen einen Betreibungsbevollmächtigten unzulässig, da der Gerichtshof als Disziplinarbehörde zur Anhandnahme der Sache verpflichtet ist.** (Oppliger u. Ryniker c. A. Hofer; 15. Juli.)

3. **Klagbewilligung. — Ungerechtfertigter Rückzug durch den Richter. — Befindet sich der als Zeuge angerufene Richter im Rekusationsfall?**

Der Vize-Gerichtspräsident von Laufen hatte einer Klage mit Vorladung die Bewilligung ertheilt, zog dieselbe aber, nach bereits erfolgter Anlegung der Vorkehr durch den Weibel mittelst einer besondern Verfügung wieder zurück, welche er beiden Parteien mittheilte. Auf Beschwerde der Klagspartei wurde diese Rückzugsverfügung kassirt.

In Erwägung:

Die Rücknahme der Klagbewilligung vom 20. August 1881, deren Aufhebung Adolf Botteron auf dem Beschwerdewege verlangt, wird in dreifacher Hinsicht zu rechtfertigen gesucht, nämlich damit:

a. daß der bewilligende Richter, Vize-Gerichtspräsident von Laufen, als Zeuge zu verschiedenen Klagsthatsachen angerufen, demnach als Richter in dieser Sache verwerflich (unfähig) und daher auch die Klagbewilligung nichtig sei;
b. daß die Klagschrift in vielen Punkten unverständlich sei, und deßhalb vom Richter nicht hätte bewilligt werden sollen;
c. daß am Tage der Bewilligung und Anlegung die Klage nur in einem Doppel vorhanden gewesen und die Bewilligung daher auf dem sogenannten Nebendoppel stattgefunden habe, statt auf dem Hauptdoppel, was deren Ungültigkeit zur Folge habe.

*) Vgl. nunmehr § 300 rev. P.

Digitized by Google

Die sämmtlichen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe sind aber unstichhaltig:

a. § 8, Ziff. 2 P. schließt von der Theilnahme an der Verhandlung und Beurtheilung eines Rechtsstreites nur denjenigen Richter aus, der in der Sache als Zeuge aufgetreten ist, nicht aber denjenigen, welcher bloß als Zeuge angerufen ist (vgl. Art. 378, Nr. 8, c. pr. c. fr.). Allein nicht nur der Wortlaut, sondern auch die ratio legis (Verdacht der Befangenheit des Richters), spricht für die Unrichtigkeit der Auffassung des Verantworters; mit dem bloßen factum der Anrufung als Zeuge ist der Richter noch nicht in eine solche Stellung zur Streitsache gebracht, daß ihm nicht mehr die erforderliche Objektivität zugetraut werden könnte;

b. nach § 133 P. hat der Richter die Mittheilung der Klage zu bewilligen, sofern den Vorschriften über die Abhaltung des Aussöhnungsversuches Folge geleistet und die Klage gemäß den Vorschriften des § 134 P. abgefaßt ist. Die Prüfung der Voraussetzungen zur Bewilligung geschieht daher nach rein formellen Gesichtspunkten und eine Untersuchung des materiellen Inhalts der Klage ist dem Richter nicht gestattet. Da nun die Requisite der §§ 133 u. 134 P. im vorliegenden Falle vorhanden waren, so durfte der Richter die verlangte Bewilligung nicht verweigern. Auf eine Untersuchung der Frage, ob die Klage verständlich sei oder nicht, hat sich der Richter um so weniger einzulassen, als für die Hebung von Undeutlichkeiten oder Unbestimmtheiten in den Parteivorträgen im Gesetze ein eigenes Verfahren vorgeschrieben ist (§ 159 P.).

c. Das Gesetz verlangt nirgends zur Gültigkeit der Klage, einer Ladung u. s. w. die Abfassung in zwei Doppeln. Die letztere geschieht einzig zum Zwecke, der insinuirenden Partei den Beweis der Erlassung und Anlegung des betreffenden Kommunikates zu sichern.

Nach dem Gesagten erscheint die Rücknahme der Klagbewilligung vom 20. August 1881 als ungerechtfertigt, und es kann daher die Frage, ob der Richter zur einseitigen Aufhebung derselben berechtigt gewesen, oder ob dieselbe nur auf erfolgte Beschwerde durch den Appellations- und Kassationshof hätte geschehen können, unerörtert bleiben. (Botteron c. Scherer u. Vize-Gerichtspräsident von Laufen; 21. Januar.)

Digitized by Google

4. Gegen einen Beweisentscheid gibt es kein anderes Rechtsmittel als die Appellation in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (§§ 174 u. 176). Auf eine Beschwerde wird nicht eingetreten. (Sterchi c. Begert u. Gerichtspräsident von Interlaken; 17. März.)

5. Nachträgliche Anrufung von Beweismitteln. — Es dürfen nur solche Beweismittel gestützt auf § 169, Z. 2 P. nachträglich angerufen werden, welche im Zeitpunkte, in welchem sie ordentlicherweise angeführt werden sollten, schon existirt haben, nicht auch solche, welche seither erst entstanden sind. — Neue Thatsachen dürfen auf diesem Wege nicht prozedürlich gemacht werden. (Commant c. Moirandat u. R. A. Pruntrut; 25. Februar.)

6. Werden Thatsachen, die eine strafbare Handlung bilden, zum Gegenstand civilprozessualischer Erörterung und Beweisführung gemacht, so kann ein Zeuge in den Fällen des Art. 221 St.-V. in gleicher Weise die Aussage verweigern, wie im Strafverfahren.

Ein halbbürtiger Bruder ist als im 2. Grade der Seitenlinie verwandt zu betrachten, da hier die Satz. 22, welche eine Ausnahme von der allgemeinen Komputationsregel der Satz. 21 enthält nicht anwendbar ist.

Ueber den letztern Punkt führen die Motive aus:

Die Gegenüberstellung und Unterscheidung der voll- und halbbürtigen Verwandtschaft bei der Gradberechnung hat nämlich einzig in dem Fall einen Sinn, in welchem um ein Recht, zu dem die Gradnähe legitimirt, voll- und halbbürtige Verwandte konkurriren, die ihre Verwandtschaft auf die gleiche Zahl von Zeugungen gründen. Nur in diesem Fall ist eine Kollision der Ansprüche denkbar. Eine solche Konkurrenz oder Kollision tritt bei der Geltendmachung der Vergünstigung des Art. 220 St.-V. nicht ein. Die auf Humanitäts- und Klugheitsgründe gebaute ratio legis derselben tritt kaum in merkbarer Verschiedenheit zwischen

Digitized by Google

voll- und halbbürtigen Verwandten auf. Und da in der Bestimmung des Art. 220 St.-V. auch eine Erleichterung in der Stellung des Angeschuldigten erblickt werden kann, so müßte im Zweifelsfalle die Maxime: in dubio pro reo durchschlagen. (Haldi c. Tschanz u. Gerichtspräs. von Saanen; 17. August.)

7. Manifestation nach Satz. 504 C. — In der Ausdehnung auf passive Vorenthaltungen liegt nicht die Gestattung einer gesetzwidrigen Rechtshülfe. Die ratio legis rechtfertigt es, in Bezug auf die Manifestation passive Vorenthaltungen dem aktiven Beiseiteschaffen gleich zu stellen. (Boß c. Erben Sahli und Gerichtspräsident von Thun; 25. November).

8. Der Anwalt einer Partei, welche eidlich abgehört wird, ist nicht berechtigt, an dieselbe Erläuterungsfragen zu stellen, da er mit ihr juristisch die gleiche Persönlichkeit bildet. Die Zulassung von solchen qualifizirt sich als Gestattung einer ungesetzlichen Rechtshülfe. (Klopfenstein c. Masse Brügger u. Gerichtspräsident von Frutigen; 9. Dezember.)

9. Eine superprovisorische Verfügung kann nicht selbstständig erlassen werden, sondern setzt voraus, daß das Gesuch um eine provisorische Verfügung anhängig gemacht sei. (Meyer c. Leuenberger und Vize-Gerichtspräsident von Biel; 9. September.)

10. Appellabilität einer Moderationssentenz. In welchem Verhältniß haften Streitgenossen für die Prozeßkosten?

Einer von drei Streitgenossen erklärte in einem hängigen Civilprozesse den Abstand. Der Prozeßgegner legte infolge dessen die Rechnung über seine gesammten Kosten dem Gerichtspräsidenten von Thun zur Moderation vor. Dieser erkannte: Der dem (sich unterziehenden Streitgenossen) B. auffallende Antheil Kosten wird bestimmt auf Fr. 298. 65 : 3 = Fr. 99. 25. Gegen diese Sentenz erklärte der Kostenforderer die Appellation, zwar nicht in

Digitized by Google

Bezug auf die qualitative Feststellung, wohl aber, weil er dafür halte, der Streitgenosse B. hafte für die gesammten Kosten solidarisch und die Theilung derselben sei somit unbegründet. Ein Antrag der appellaten Partei auf Forumsverschluß wurde abgewiesen und sodann das erstinstanzliche Urtheil bestätigt;

in Betrachtung:

1. daß gemäß § 333 P. in Fällen, wo die Hauptsache sich zur Weiterziehung eignet, über die Kostenbestimmung rekurrirt werden kann, sofern der ursprüngliche Belauf der Kostenforderung die Summe von Fr. 289. 80 übersteigt;

2. daß die Kostenforderung der Frau Maria Koch geb. Buchhofer an Gottlieb Bühlmann Fr. 298. 65 beträgt;

3. daß unser Prozeßgesetz, wo es von der Zuständigkeit und Appellabilität von Kostensurtheilen spricht, zwischen der grundsätzlichen Frage der Kostenauferlegung und der quantitativen Feststellung der Kosten keinen Unterschied macht;

4. daß durch ein früheres Urtheil des Appellations- und Kassationshofes (Wiegsam gegen Züllig, Jenzer und Mithafte, 31. Okt. 1879) allerdings der Grundsatz sanktionnirt worden ist, daß die in einem Prozeß unterlegenen Streitgenossen, entsprechend ihrem gemeinsamen Verschulden, der Prozeß veranlaßt und die Gegenpartei dadurch in Nachtheil versetzt zu haben, letzterer gegenüber für die Kosten solidarisch haften;

5. daß aber dieser Grundsatz da keine Anwendnng finden kann, wo vor der gerichtlichen Beurtheilung des Streites der Nexus der Streitgenossenschaft dadurch aufgelöst wird, daß sich ein Streitgenosse von den andern trennt und durch Erklärung des Abstandes entweder auf seine Forderungen verzichtet, oder sich denjenigen der Gegenpartei unterzieht;

6. daß in diesem Fall eine Gemeinschaftlichkeit des Verschuldens deßhalb nicht angenommen werden kann, weil nicht festgestellt ist, ob die übrigen Streitgenossen, welche den Abstand nicht erklärt haben, in dem von ihnen fortgeführten Streit unterliegen oder ein obsiegliches Urtheil erlangen werden.

11. Wenn ein Advokat seinem Klienten Kostennoten in verschiedenen Geschäften zustellt und deren Moderation erfolgt, so kann nur in Betreff derjenigen die Appellation stattfinden, deren Betrag einzeln Fr. 200 a. W. übersteigt. Eine Zusammenrechnung findet nicht statt.

Wiederholt erkennt: 5. August, 2. und 30. Dezember 1882.

Digitized by Google

12. Die Versäumung der 14tägigen Frist des § 332 P. ist nicht als Verzicht auf die Kostenforderung auszulegen.

In Betrachtung:

1. daß Notar Burkhard das Verzeichniß seiner Prozeßkostenforderung an den Beschwerdeführer Johann Rösti dem Gerichtspräsidenten von Frutigen allerdings erst nach Ablauf der in § 332 P. bestimmten vierzehntägigen Frist eingereicht hat;

2. daß aber das Gesetz die Versäumung dieser Frist mit keinem Rechtsnachtheil bedroht, wie dieses sonst bei den im Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten aufgestellten peremtorischen Fristen der Fall ist;

3. daß nach dem gemeinen ordentlichen Civilprozesse solche Fristen als peremtorische zu betrachten sind, deren Dauer schon durch das Gesetz bestimmt und deren Versäumniß ebenfalls schon durch das Gesetz mit der Präklusion derjenigen Handlung bedroht ist, zu deren Vornahme sie bestimmt waren (Bayer § 146);

4. daß das bernische Recht, trotz der in § 74 P. enthaltenen Bezeichnung, wonach die durch das Gesetz schlechtweg bestimmten Fristen Nothfristen heißen, keine Ausnahme von dieser gemeinrechtlichen Regel macht und es durchaus kein Merkmal einer peremtorischen Frist ist, daß sie nach einem Prozeßakte stillschweigend und ohne richterliches Dekret zu laufen beginnt. (Botteron c. Scherer und Richteramt Laufen, 4. März; Rösti c. Burkhard und Richteramt Frutigen; 29. April.)

13. Vollziehung auswärtiger Civilurtheile. — Nicht alle Titel, welche in einem Kanton vollziehbar sind, können auf Grund des Art. 61 B.-V. in einem andern Kanton vollzogen werden, sondern nur Civilurtheile.

Im Konkurs des Chr. Leus im Kanton Waadt hatte A. Zeitter eine Forderung von Fr. 120 geltend gemacht. Dieselbe wurde anerkannt und in die II. Klasse gewiesen, worüber dem Gläubiger am 8. Januar 1875 ein sogen. «règlement» ausgestellt wurde. Nachdem Leus sein Domizil in den Kanton Bern verlegt hatte, stellte Zeitter beim Appellations- und Kassationshof das Gesuch, er möchte diesem règlement das Exequatur ertheilen. Der Petent legte ein Zeugniß des Bezirksgerichtsschreibers von Vivis bei, wonach einem solchen Titel im Kanton Waadt exekutorische Wirkung zukommt. Das Gesuch wurde abgewiesen;

Digitized by Google

in Betrachtung:

4. daß zwar nach Art. 61 der Bundesverfassung die rechtskräftigen Civilurtheile, die in einem Kanton gefällt worden sind, in der ganzen Schweiz vollzogen werden können;

5. daß aber diese Vollziehbarkeit der rechtskräftigen Civilurtheile nicht ohne Weiteres auch auf sämmtliche Akte auszudehnen ist, welchen die kantonale Gesetzgebung den Charakter eines exekutorischen Titels verleiht; sondern daß vielmehr jeweilen zu untersuchen ist, ob dem betreffenden Akt in Wirklichkeit die Natur eines rechtskräftigen Civilurtheils oder eines gleich wirkenden Aktes innewohnt (siehe Urtheil des Bundesgerichts vom 20. Juni 1879 in Sachen der Solothurn. Bank, bundesgerichtliche Entscheidungen, Band V, pag. 180);

6. daß im vorliegenden Falle dem règlement, auf welches sich das Exequaturgesuch bezieht, die Natur eines rechtskräftigen Urtheils, oder eines gleichwirkenden Aktes nicht beigemessen werden kann, indem dasselbe keine privatrechtliche Streitigkeit zwischen zwei Parteien beendigt, sondern lediglich einen Akt der Exekution bildet. (Zeitter c. Leus; 18. März.)

14. Einem Urtheil des Appellationshofes in Venedig wurde das Exequatur verweigert, weil angenommen wurde, die verurtheilte Partei habe auf den Termin der Urtheilsfällung nicht gehörig vorgeladen werden können und sei auch nicht gesetzlich vertreten gewesen.

Das Erkenntniß geht von der Erwägung aus:

Daß beim Nichtvorhandensein eines bezüglichen Staatsvertrages die Vollziehung fremder Civilurtheile — abgesehen davon, daß sich der Appellations- und Kassationshof das Recht vindiziren wird, die materielle Seite derselben und auch die Frage der Reciprocität zu prüfen — selbstverständlich nur bei Beobachtung der wesentlichsten in unserer Rechtsprechung üblichen Formen gestattet werden darf;

daß stets als eine dieser wesentlichsten Formen betrachtet und auch im Staatsvertrag mit Frankreich von 1869 als ausdrückliche Bedingung der Vollziehung aufgestellt worden ist: daß die Parteien auf den Termin der Urtheilsfällung gehörig vorgeladen worden oder gesetzlich vertreten gewesen seien. (k. k. österreichische Kreditanstalt c. Erben Ruprecht, 8. Juli.)

Digitized by Google

15. **Die Ernennung eines Schiedsgerichts auf einseitiges Ansuchen einer Partei und ohne Parteiverhandlung widerspricht dem § 376 P., qualificirt sich als Gestattung einer gesetzwidrigen Rechtshülfe und Formverletzung und wird auf Beschwerde kassirt.** (Gerber und Bürgi c. Balmer u. R.-A. Laupen; 6. Mai.)

16. **Der Passus in einem Kompromiß, daß „alle Forderungen und Gegenforderungen, welche die Parteien rücksichtlich der von der Einen für Rechnung der Andern im Jahre 1880 vollzogenen Arbeiten zu machen haben können", der Beurtheilung durch das Schiedsgericht unterstellt werden, enthält eine genügende Bezeichnung der Streitpunkte.** (Tournier c. Lepori; 16. Aug.)

17. **Nach konstanter Gerichtspraxis kann ein Schiedsspruch nicht deßhalb mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, weil die als Schiedsrichter verhandelnden Privatpersonen die Annahme der Wahl nicht schriftlich erklärt haben.** (Tournier c. Lepori; 16. August; Schneeberger c. Hostettler; 2. September.)

18. **Ein Schiedsspruch kann nicht aus dem Grunde mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden; weil er nicht an dem Tage, von dem er datirt, sondern später unterzeichnet wurde und weil er kein Zustellungszeugniß trägt, da nur vorgeschrieben ist, daß der Schiedsspruch in Schrift verfaßt und von den Schiedsrichtern unterzeichnet werden soll.** (Gräub c. Wyß; 21. Oktober.)

19. **Die Ziff. 1 des § 363 P. findet auf schiedsgerichtliche Urtheile nicht Anwendung.** (Lachat c. Riat; 22. April.)

Digitized by Google

20. Entvogtung. — Die Rechtsvermuthung des Vorhandenseins von Bevogtungsgründen, welche durch den übereinstimmenden Antrag der Verwandten und der Vormundschaftsbehörde begründet wird, kann durch Gegenbeweis im Entvogtungsverfahren zerstört werden. Der Bevogtete kann also in diesem Falle im Entvogtungsprozeß nicht nur beweisen, daß „die Gründe der Bevogtung weggefallen sind" (Satzung 227 C.), sondern auch, daß sie nie vorhanden waren. (Erkenntniß i. S. der Anna Stämpfli; 18. Februar.)

21. Vollziehungsverfahren. — Rekusation des Richters im Vollziehungsverfahren. — Der Richter soll sich auch im Vollziehungsverfahren nach § 8 P. rekusiren, wenn es sich gleich nicht um Verhandlung und Beurtheilung eigentlicher Streitigkeiten handelt. — Die Bewilligung eines Vollziehungsbefehls durch einen im Rekusationsfalle befindlichen Richter wird kassirt. (Füri c. Schwab u. Vize-Gerichtspräsident von Erlach; 15. Juli.)

22. Der Richter, welcher um die Bewilligung eines Vollziehungsbefehls angegangen wird, hat nur die Existenz der äußern und formellen Voraussetzungen der Vollziehung festzustellen und von der Prüfung des innern und materiellen Werthes des Titels, auf welchen gestützt die Vollziehung verlangt wird, abzusehen. Die Geltendmachung von Einwendungen in letzterer Richtung ist Sache des Schuldners. (Hypothekarkasse c. Portner und Gerichtspräsident von Seftigen; 9. Dezember.)

23. Unzulässige Beschwerdeführung. — Wer aus einem der in § 449 B.-B. vorgesehenen Gründe

Digitized by Google

der Ausführung eines gegen ihn bewilligten Vollziehungsbefehls entgegentreten will, hat den Weg der Parteiladung und kontradiktorischen Verhandlung und nicht denjenigen der Beschwerdeführung zu betreten. (In Bestätigung früherer Entscheidungen [vergl. schon Z. f. v. R. 16. 153, 155] wiederholt ausgesprochen: 9. u. 24. Juni, 1. u. 22. Juli, 16. August u. 23. September 1882.)

24. Die §§ 616 u. 617 V.-V., wonach der Schuldner durch Bestellung von Hinterlagen die Ausführung des Arrests abwenden kann, dürfen in Fällen der ordentlichen Schuldbetreibung und Pfändung nicht analog angewendet werden. Der Weibel soll solche Hinterlagen ablehnen und, wenn nicht Bezahlung erfolgt, die Pfändung ausführen. (Laforge u. Mith. c. Amtsgerichtsweibel Blanc; 13. Oktober.)

25. Die Betreibung kann nach stattgefundener rechtsverbindlicher Ankündigung des Vollziehungsbefehls nur aus den in § 453 V.-V. vorgesehenen Gründen gehemmt werden.

Ein Schuldner verlangte mittelst Beschwerde gegen den bewilligenden Gerichtspräsidenten Kassation des durch zwei im Amtsblatte erschienene Gantpublikationen gegen ihn eingeleiteten Gantverfahrens, weil der Richter entgegen § 493 V.-V. rücksichtlich des nämlichen Pfandes die Ausschreibung zweier Gantsteigerungen bewilligt habe. Er wurde abgewiesen, einerseits, weil sich seine Behauptungen thatsächlich nicht als richtig erwiesen, anderseits

in Betrachtung:

3. daß gemäß § 453 V.-V. die Fortsetzung der Betreibung, nach stattgefundener rechtsverbindlicher Ankündigung des Vollziehungsbefehls von dem Schuldner, nur in dem Falle gehindert werden kann, wenn er sofort durch Urkunden den Beweis leistet, daß er seither die Schuld bezahlt oder daß der Gläubiger ihm die Verbindlichkeit erlassen oder eine weitere Zahlungsfrist gestattet habe;

Digitized by Google

4. daß sich der Beschwerdeführer in keinem dieser Fälle befindet und es dem Sinne und Geist des Gesetzes geradezu widersprechen würde, wenn ein Gantverfahren aus dem in casu geltend gemachten Grunde, auch wenn er in Wirklichkeit vorhanden wäre, kassirt und somit die Betreibung noch in anderen, als in den durch § 453 B.-B. vorgesehenen Fällen gehindert werden könnte;

5. daß nach ausdrücklicher Bestimmung des Kreisschreibens des Appellations- und Kassationshofes vom 12. Januar 1878 die Folge der Nichtbeobachtung der vom Beschwerdeführer angerufenen Vorschrift des § 493 B.-B. einfach darin besteht, daß der fehlbare Richter disciplinarisch bestraft und für die unnöthigen Kosten verantwortlich gemacht werden kann. (Zingre c. Mann u. Comp. und Gerichtspräsident von Saanen; 27. Mai.)

26. Ungesetzliche Einstellung eines Gantverfahrens durch den Gerichtspräsidenten. — Kassation der Einstellungsverfügung und Verantwortlicherklärung des Richters.

In Betrachtung:

1. daß nach den übereinstimmenden Erklärungen sämmtlicher Betheiligten der Gerichtspräsident von Frutigen ein gegen Johann Rösti, durch Abhaltung der Steigerung am 27. Okt. 1881, eingeleitetes Gantverfahren eingestellt hat;

2. daß diese Verfügung, nach der Darstellung der beiden Verantworter, in Verbindung mit der Bewilligung einer Kassationsladung erfolgt sein soll, welche Rösti beabsichtigt habe an den Beschwerdeführer zu erlassen, gestützt auf das Vorgeben desselben, daß der funktionirende Weibel bei Ausführung der Pfändung sich habe Unregelmäßigkeiten zu Schulden kommen lassen;

3. daß aus den Akten nicht herzustellen ist, wann die angebliche Vorladung dem Richter zur Bewilligung vorgelegt und die Einstellungsverfügung durch letztern getroffen worden sein soll, — aber immerhin angenommen werden muß, es sei dieß vor der in § 525 B.-B. vorgeschriebenen Mittheilung an die Pfandgläubiger geschehen, weil das Gantverfahren eben in diesem Stadium stehen geblieben ist;

4. daß der Verhandlungstermin, obschon nach dem soeben Gesagten die Ladungsbewilligung und Einstellungsverfügung in die Zeit von Anfangs November 1881 gefallen sein müssen, gleichwohl erst auf den 25. gleichen Monats angesetzt wurde, wie der Richter

Digitized by Google

in Motiv 1 seines Erkenntnisses vom 5. Jänner abhin in der Beschwerdesache Burkhard gegen Amtsgerichtsschreiber Kallen festgestellt hat;

5. daß nun aber weder an diesem Termine die Kassationsverhandlung stattgefunden hat, noch durch den Richter damals oder seither die von ihm einseitig getroffene Verfügung wieder aufgehoben wurde;

6. daß vielmehr in dem ganzen Verhalten des Gerichtspräsidenten von Frutigen in dieser Angelegenheit ebenso viele Rechtsverletzungen liegen, als derselbe sich, auf das Ansinnen des Gantschuldners Johann Rösti, zu Handlungen oder Unterlassungen hergegeben hat;

7. daß zwar grundsätzlich die Zulässigkeit einer superprovisorischen Verfügung, um den Fortgang eines Vollziehungsverfahrens zu hemmen, zugegeben werden muß und derartige Verfügungen, bei Anlaß der Bewilligung einer Kassationsladung, dazu dienen, den Erfolg eines obsieglichen Kassationsurtheils von vorn herein sicher zu stellen, der mit der Fortsetzung des angefochtenen Verfahrens unter Umständen ganz oder theilweise illusorisch werden könnte;

8. daß aber solche Anfechtungen des Vollziehungsverfahrens nach stattgefundener rechtsverbindlicher Ankündigung des Vollziehungsbefehls und in gesetzlich vorgesehenen Fällen (§ 453 V.-V.) gestattet sind und eine gegen den betreibenden Gläubiger gerichtete Einrede zur Voraussetzung haben, während es sich im vorliegenden Falle angeblich um Unregelmäßigkeiten handeln sollte, welche von dem Weibel bei Ausführung der Pfändung, also von einem staatlichen Funktionär bei Ausübung von Amtshandlungen begangen worden wären und die somit, wovon sich der Richter von Anfang an überzeugen konnte, nicht in einer Kassationsverhandlung gegen den Gläubiger, sondern auf dem Beschwerdeweg gegen den fehlbaren Beamten vorzubringen waren;

9. daß, selbst wenn die Voraussetzungen des § 453 V.-V. vorhanden gewesen wären, die Ansetzung eines ungefähr dreiwöchentlichen Verhandlungstermines als ein wahrer Hohn auf die ebendaselbst für diesen Fall citirten, in den §§ 407 u. 408 V.-V. aufgestellten Vorschriften über das einzuschlagende Verfahren erscheinen muß;

10. daß endlich der Richter, als Seitens des Kassationsklägers am Termine vom 25. November 1881 keine Verhandlung anbegehrt wurde, auch nicht etwa Maßnahmen zur Wiederaufhebung der superprovisorischen Verfügung getroffen hat, um die Fortsetzung

Digitized by Google

des unterbrochenen Gantverfahrens zu ermöglichen, sondern die ganze Angelegenheit im Zustande der Einstellung fortbestehen ließ;

11. daß alle diese Rechtsverletzuugen den fehlbaren Beamten gegenüber dem Beschwerdeführer Jakob Burkhard verantwortlich machen und ihm die Verpflichtung auferlegen, diesem Letztern den nachweisbaren Schaden zu ersetzen. (Burkhard c. Rösti und Gerichtspräsident von Frutigen, 29. April.)

27. Gantverfahren. — Bis zu welchem Stadium kann ein solches durch Bezahlung oder Erklärung des betreibenden Gläubigers aufgehoben werden.

Hierüber enthalten die Motive eines Erkenntnisses vom 22. April 1882 in der Beschwerdesache Bleuer c. Gerichtsschreiber von Interlaken Folgendes:

1. daß nach der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers gegen ihn am 6. Februar abhin eine Gantsteigerung abgehalten und das Resultat derselben binnen gesetzlicher Frist im Amtsblatt publizirt wurde;

2. daß hieraufhin der Beschwerdeführer und nach seiner Angabe auch der betreibende Gläubiger, nachdem der Letztere vor dem Erstern zuvor befriedigt worden sei, an den Amtsgerichtsschreiber von Interlaken als leitenden Gantbeamten das Begehren stellten: Es möchte dieser die vorerwähnte Publikation dahin berichtigen, daß gestützt auf die geleistete Bezahlung die Liquidation aufgehoben werde, wenn nicht von Seiten solcher Gläubiger, welche durch die angeordnete Steigerung ihrerseits an der Anordnung derselben verhindert worden, Einsprache dagegen erhoben werde;

3. daß der angesprochene Beamte die Erlassung einer derartigen Anzeige verweigert hat, dagegen dem Ansinnen des Beschwerdeführers in soweit nachkam, als er bekannt gab, das Gantverfahren könne aufgehoben werden, wenn innert der gesetzlichen Frist keine Eingaben oder Nachgebote ab Seiten der bereits avisirten Gläubiger einlangen;

4. daß nun der Gantschuldner über die Weigerung des Amtsgerichtsschreibers, die von ihm nachgesuchte Revokationspublikation zu erlassen, Beschwerde führt und demgemäß zu untersuchen ist, ob derselbe sich dadurch einer Rechtsverletzung gegenüber dem Beschwerdeführer schuldig gemacht habe;

Digitized by Google

5. daß die bestehenden Vorschriften über das Gantverfahren, wie auch der erstinstanzliche Beschwerderichter richtig betont, keine Bestimmung darüber enthalten, bis zu welchem Zeitpunkte eine eingeleitetete Gant wieder aufgehoben werden könne und in Ermanglung von solchen die Natur der Sache zu Rathe gezogen werden muß;

6. daß aus dieser Letztern sich folgende Sätze ergeben:

a. da die Gantbeamten ausschließlich auf Antrag des betreibenden Gläubigers in Funktion treten, so wird in erster Linie die Willenserklärung desselben für die Einstellung des Verfahrens maßgebend sein;

b. da im Fernern mit der Gant die gerichtliche Realisirung eines Pfandrechts gesucht wird, so müssen auch die Handlungen des Schuldners, durch welche die Tilgung des Forderungsrechts herbeigeführt wird, sistirend auf dieselbe zu wirken vermögen;

c. weil aber je nach dem Verlaufe des Verfahrens auch dritte Personen, wie der definitive Ersteigerer des Pfandobjekts, nach französischem Recht sämmtliche Gläubiger des Gepfändeten (§ 507 V.-V. und Art. 2093 ff. C. civ.) und nach § 525 V.-V. auch die übrigen Pfandberechtigten successive als Betheiligte in die Linie rücken, so wird in gleichem Maße die Befugniß des betreibenden Gläubigers zur Einstellung des Verfahrens durch die Rechte und Interessen der konkurrirenden Gläubiger und sonstigen Betheiligten beschränkt;

7. daß die Anwendung dieser Sätze auf den vorliegenden Fall zu dem Resultate führt, daß mit Erlassung der in § 525 V.-V. vorgesehenen Publikation und Sendschreiben nun auch die sonstigen Pfandgläubiger Gelegenheit zur Betheiligung an dem Gantverfahren erlangt haben und daher eine Aufhebung desselben von diesem Zeitpunkte hinweg auch an deren Einwilligung, bezw. Befriedigung, geknüpft ist;

8. daß somit der Amtsgerichtsschreiber von Interlaken im Sinne der bestehenden Vorschriften über Gantliquidationen gehandelt hat, wenn derselbe sich dem Ansinnen des Gantschuldners und betreibenden Gläubigers gegenüber weigerte, den übrigen Pfandgläubigern das einmal erlangte Recht zur Betheiligung an der Gantliquidation durch Erlaß einer Revokationspublikation einseitig wieder zu entziehen.

Digitized by Google

des unterbrochenen Gantverfahrens zu ermöglichen, sondern die ganze Angelegenheit im Zustande der Einstellung fortbestehen ließ;

11. daß alle diese Rechtsverletzungen den fehlbaren Beamten gegenüber dem Beschwerdeführer Jakob Burkhard verantwortlich machen und ihm die Verpflichtung auferlegen, diesem Letztern den nachweisbaren Schaden zu ersetzen. (Burkhard c. Rösti und Gerichtspräsident von Frutigen, 29. April.)

27. Gantverfahren. — Bis zu welchem Stadium kann ein solches durch Bezahlung oder Erklärung des betreibenden Gläubigers aufgehoben werden.

Hierüber enthalten die Motive eines Erkenntnisses vom 22. April 1882 in der Beschwerdesache Bleuer c. Gerichtsschreiber von Interlaken Folgendes:

1. daß nach der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers gegen ihn am 6. Februar abhin eine Gantsteigerung abgehalten und das Resultat derselben binnen gesetzlicher Frist im Amtsblatt publizirt wurde;

2. daß hieraufhin der Beschwerdeführer und nach seiner Angabe auch der betreibende Gläubiger, nachdem der Letztere vor dem Erstern zuvor befriedigt worden sei, an den Amtsgerichtsschreiber von Interlaken als leitenden Gantbeamten das Begehren stellten: Es möchte dieser die vorerwähnte Publikation dahin berichtigen, daß gestützt auf die geleistete Bezahlung die Liquidation aufgehoben werde, wenn nicht von Seiten solcher Gläubiger, welche durch die angeordnete Steigerung ihrerseits an der Anordnung derselben verhindert worden, Einsprache dagegen erhoben werde;

3. daß der angesprochene Beamte die Erlassung einer derartigen Anzeige verweigert hat, dagegen dem Ansinnen des Beschwerdeführers in soweit nachkam, als er bekannt gab, das Gantverfahren könne aufgehoben werden, wenn innert der gesetzlichen Frist keine Eingaben oder Nachgebote ab Seiten der bereits avisirten Gläubiger einlangen;

4. daß nun der Gantschuldner über die Weigerung des Amtsgerichtsschreibers, die von ihm nachgesuchte Revokationspublikation zu erlassen, Beschwerde führt und demgemäß zu untersuchen ist, ob derselbe sich dadurch einer Rechtsverletzung gegenüber dem Beschwerdeführer schuldig gemacht habe;

Digitized by Google

5. daß die bestehenden Vorschriften über das Gantverfahren, wie auch der erstinstanzliche Beschwerderichter richtig betont, keine Bestimmung darüber enthalten, bis zu welchem Zeitpunkte eine eingeleitetete Gant wieder aufgehoben werden könne und in Ermanglung von solchen die Natur der Sache zu Rathe gezogen werden muß;

6. daß aus dieser Letztern sich folgende Sätze ergeben:

a. da die Gantbeamten ausschließlich auf Antrag des betreibenden Gläubigers in Funktion treten, so wird in erster Linie die Willenserklärung desselben für die Einstellung des Verfahrens maßgebend sein;

b. da im Fernern mit der Gant die gerichtliche Realisirung eines Pfandrechts gesucht wird, so müssen auch die Handlungen des Schuldners, durch welche die Tilgung des Forderungsrechts herbeigeführt wird, sistirend auf dieselbe zu wirken vermögen;

c. weil aber je nach dem Verlaufe des Verfahrens auch dritte Personen, wie der definitive Ersteigerer des Pfandobjekts, nach französischem Recht sämmtliche Gläubiger des Gepfändeten (§ 507 B.-B. und Art. 2093 ff. C. civ.) und nach § 525 B.-B. auch die übrigen Pfandberechtigten successive als Betheiligte in die Linie rücken, so wird in gleichem Maße die Befugniß des betreibenden Gläubigers zur Einstellung des Verfahrens durch die Rechte und Interessen der konkurrirenden Gläubiger und sonstigen Betheiligten beschränkt;

7. daß die Anwendung dieser Sätze auf den vorliegenden Fall zu dem Resultate führt, daß mit Erlassung der in § 525 B.-B. vorgesehenen Publikation und Sendschreiben nun auch die sonstigen Pfandgläubiger Gelegenheit zur Betheiligung an dem Gantverfahren erlangt haben und daher eine Aufhebung desselben von diesem Zeitpunkte hinweg auch an deren Einwilligung, bezw. Befriedigung, geknüpft ist;

8. daß somit der Amtsgerichtsschreiber von Interlaken im Sinne der bestehenden Vorschriften über Gantliquidationen gehandelt hat, wenn derselbe sich dem Ansinnen des Gantschuldners und betreibenden Gläubigers gegenüber weigerte, den übrigen Pfandgläubigern das einmal erlangte Recht zur Betheiligung an der Gantliquidation durch Erlaß einer Revokationspublikation einseitig wieder zu entziehen.

Digitized by Google

28. Gantverfahren. — Unterbrechung durch Anrufung und Erkennung des Geltstags. Unzulässigkeit der Wiederaufnahme nach Aufhebung des Geltstags.

Gegen J. Wittwer waren drei verschiedene Gantverfahren bis zur Abhaltung der Nachsteigerungen vorgerückt, wurden jedoch in Folge Anrufung des provisorischen Geltstags durch den Schuldner eingestellt. Am 2. Juni 1881 wurde der definitive Geltstag gegen Wittwer erkannt, aber am 6. gl. Mts. wieder aufgehoben, nachdem die während des sogenannten Provisoriums eingereichten Protestationen von den Gläubigern zurückgezogen und die Kosten vom Schuldner bezahlt worden waren. Hierauf wollte der Gerichtsschreiber von Frutigen die unterbrochenen Gantverfahren zu Ende führen und ordnete die Nachsteigerungen von Neuem an. Gegen die bezüglichen Verfügungen führte der Schuldner Beschwerde und verlangte deren Kassation, welcher Schluß ihm vom Appellations- und Kassationshof zugesprochen wurde;

in Betrachtung:

1. daß am 2. Juni 1881 über den Beschwerdeführer Joh. Wittwer durch das Richteramt Frutigen der Geltstag erkennt worden ist;

2. daß Angesichts des § 587 V.-V. im Ernste nicht bestritten werden kann, daß durch die Geltstagserkennung die fraglichen auf dem Betreibungswege erworbenen Pfandrechte dahin gefallen sind (vergl. auch Leuenberger, Bd. III, S. 424);

3. daß demnach die Fortsetzung des angehobenen Gantverfahrens gegen den Beschwerdeführer nach erfolgter Aufhebung des Geltstages nicht mehr zulässig war. (Wittwer c. Gerichtsschreiber von Frutigen; 11. Februar.)

29. Zur Geltstagsmasse sind auch solche Gegenstände zu ziehen, welche zu den ordentlicherweise von der Pfändung befreiten, jedoch dem Bestandverbot unterworfenen gehören, insofern ein solches darauf ausgeführt worden ist.

In Betrachtung:

Diese Gegenstände sind im letzten Satz des § 471 V.-V. als der Verpfändung durch Bestandverbot unterworfen erklärt; das durch Bestandverbot erworbene Pfandrecht fällt mit der Er-

Digitized by Google

kennung des Geltstages nicht dahin (§ 585 lit. b V.-V.), und um dasselbe im Geltstag geltend machen zu können, müssen fragl. Gegenstände nothwendig zur Masse gezogen werden. (Schmoker c. Massaverwalter im Geltstag Nägeli; 9. September.)

30. Der Massaverwalter in einer gerichtlichen Vereinigung befreit sich durch Ablieferung des Steigerungserlöses an den Gerichtsschreiber nicht. Nach § 1 des Dekrets vom 26. Mai 1873 hat ein Massaverwalter solche Baarschaften sofort nach Empfang bei der Staatskasse bezw. bei der Amtsschaffnerei des betr. Bezirks zu deponiren. (Liquidationsmasse Wenger c. Chr. Pulver; 25. Juli.)

31. Geltstagskosten. — Die dem Staate zukommende Prozentgebühr ist gesetzlich bestimmt und daher nicht durch Moderationssentenz des Richters festzusetzen. — Der § 582 V.-V. in fine ist durch Art. 20 des Gesetzes über die Amts- und Gerichtsschreibereien vom 24. März 1878 modifizirt. — Einwendungen gegen die Forderung und Anweisung des Staates können mittelst Einspruchs geltend gemacht werden. (Rösti c. Staat Bern u. Gerichtspräsident von Frutigen; 1. Juli.)

Anlaß zu dieser Entscheidung gab die Beschwerde eines Gläubigers, welcher die Anweisung des Staates auf des Wege dem Einspruchsprozesses angegriffen hatte und nun auch auf dem Beschwerdewege gegen die Moderationssentenz auftrat, damit ihm dieselbe nicht im Einspruchsprozeß entgegengehalten werde.

32. Ueber Vermögen, welches einem Geltstager infolge Ausschlagung der Anweisungen seitens einzelner Gläubiger zurückfällt (§ 594 V.-V.), kann der Nachgeltstag erkennt werden.

In Betrachtung:

1. daß nach dem Wortlaute des § 594 V.-V. im Falle der Ausschlagung der im Geltstage erhaltenen Anweisung Seitens

Digitized by Google

eines Gläubigers der Gemeinschuldner zwar allerdings berechtigt ist, über den betreffenden Vermögensgegenstand frei zu verfügen;

2. daß aber diese Gesetzesbestimmung offenbar nur in dem einschränkenden Sinne verstanden werden kann, daß keine unbefriedigten Gläubiger des Geltstagers mehr vorhanden seien, indem nach § 597 und § 599 l. c. der Schuldner sein neu erworbenes Vermögen jeweilen abzutreten verpflichtet ist, bis seine sämmtlichen Gläubiger befriedigt sind;

3. daß nun gerade in dem im ersten Motive erwähnten Falle der Schuldner zu neuem Vermögen gelangt;

4. daß daher die Erkennung des Nachgeltstags über den von der Ersparnißkasse von Wangen ausgeschlagenen Aktivsaldo nicht als gesetzwidrige Rechtshülfe betrachtet werden kann. (Sommer c. Cuenin u. Probst u. R.-A. Burgdorf; 21. Oktober.)

Jura bernois.

Responsabilité en matière de renseignements commerciaux. — Action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382 C. civ. fr. — Dol constaté. — Admission de la demande.

Comptoir d'escompte de Mulhouse contre Banque cantonale de Berne.
(3 Novembre 1883.)

Nous publions ci-dessous un arrêt rendu récemment par la Cour d'Appel et de Cassation du canton de Berne entre le Comptoir d'escompte de Mulhouse et la Banque cantonale de Berne, Succursale de Porrentruy, et qui, au point de vue théorique surtout, nous paraît avoir une réelle importance. Les renseignements confidentiels jouent un très-grand rôle dans le monde commercial et constituent une source précieuse d'informations, utilisée chaque jour par les établissements financiers. En pareille matière il est équitable de n'appliquer qu'avec une extrême réserve et plutôt dans un sens restrictif les règles ordinaires de responsabilité. Mais on ne doit pas oublier que la bonne foi est un élément essentiel du commerce et la sauvegarde du crédit public; le dol, qu'il se produise sous la forme d'une recommandation secrète ou sous toute autre forme susceptible d'induire un tiers en erreur et de lui porter préjudice, ne peut recevoir la sanction des tribunaux. Tels sont les principes qui ont dicté l'arrêt du 3 Nov. 1883.

Digitized by Google

Les faits à l'appui de la demande et les moyens de défense ressortent suffisamment des *motifs* dont suit la teneur:

Considérant qu'ensuite d'une démarche faite par Joseph Jolidon, ci-devant notaire et banquier à Delémont, auprès du Comptoir d'escompte de Mulhouse, dans le but d'entrer en relation d'affaires avec cet établissement, celui-ci, sur les indications que lui fournissait Jolidon, a transmis le 28 mars 1878 à la Succursale de la Banque cantonale de Berne, établie à Porrentruy, un bulletin ainsi conçu:

„Veuillez avoir l'obligeance de nous renseigner le plus promptement et exactement possible sur M. J. Jolidon, notaire et C^{r} d'escompte Delémont“;

Considérant que ce bulletin a été retourné le 30 Mars 1878 par la dite Succursale au Comptoir d'escompte de Mulhouse avec l'annotation suivante, de la main du gérant, M. Waiblinger:

„Possède une jolie fortune et mérite actuellement sans crainte un crédit de fr. 10 à 15,000“;

„Il se fait largement garantir le papier qu'il escompte (Succursale de Porrentruy)“;

Que la lettre accompagnant le bulletin en retour porte: „Veuillez en faire usage sans notre garantie

le gérant de la Succursale
(signé) Waiblinger“;

Considérant qu'au vu de ces renseignements le Comptoir d'escompte de Mulhouse s'est mis en rapport avec Joseph Jolidon et a escompté les valeurs que ce dernier lui adressait, jusqu'à concurrence d'une somme de fr. *17,299. 35*;

Que par jugement du 5 Décembre 1878 le Tribunal consulaire du district de Delémont a prononcé la faillite de Joseph Jolidon qui, renvoyé plus tard devant les assises du Jura sous l'accusation de banqueroute frauduleuse, d'escroquerie, d'abus de confiance et de faux, a été condamné le 11 Nov. 1879 à 7 ans de réclusion;

Que dans la liquidation de la faillite de Jolidon le Comptoir d'escompte de Mulhouse a produit et a été admis au passif pour fr. *16,269. 20*, montant de huit billets négociés par le failli;

Que la Banque cantonale de Berne, Succursale de Porrentruy, s'est fait admettre dans la même liquidation comme créancière de fr. *174,577. 23*, en vertu d'un acte de crédit

Digitized by Google

du 28 Février 1872, d'un autre acte du 3 Décembre 1877 et de billets impayés représentant une somme de fr. 107,001. 23;

Considérant qu'à raison de la perte résultant de la négociation des effets Jolidon, le Comptoir d'escompte de Mulhouse exerce contre la Banque cantonale de Berne, Succursale de Porrentruy, une action en dommages-intérêts et lui réclame à ce titre fr. *12,992. 40,* solde en capital au 30 Septembre 1880, ainsi que les accessoires, alléguant que par le bulletin de renseignements du 30 Mars 1878 la défenderesse, soit son gérant, M. Waiblinger, l'a induit sciemment en erreur, que, contrairement aux faits certifiés dans ce bulletin, M. Waiblinger savait que Jolidon était insolvable et ne méritait point un crédit de fr. 10 à 15,000, qu'il n'a provoqué l'ouverture d'un crédit que dans l'intérêt de la Banque cantonale, créancière de Jolidon, et qu'en fait la Banque cantonale a exclusivement profité des fonds versés par le Comptoir d'escompte;

Considérant que la défenderesse prétend être à l'abri de tout recours attendu que les renseignements commerciaux, confidentiels de leur nature, n'engagent jamais la responsabilité de celui qui les fournit et que d'ailleurs la délivrance du bulletin a eu lieu „sans garantie";

Considérant qu'en thèse générale, selon les usages du commerce, le correspondant qui délivre des renseignements sur la solvabilité, les ressources financières, la moralité, la position sociale d'un tiers, ne devient point par-là garant des conséquences qui peuvent découler de l'inexactitude des renseignements fournis; — que la simple recommandation n'implique ni cautionnement, ni mandat et ne crée aucun lien contractuel entre celui dont elle émane et celui à qui elle est transmise, cet acte, purement officieux d'habitude, n'ayant pas pour cause génératrice une obligation qu'assumerait l'auteur du bulletin; — d'où il suit que, même en l'absence de la réserve „sans garantie", le fait que les renseignements seraient inexacts ne justifie nullement un recours, si le bulletin a été délivré de bonne foi;

Que, par contre, si l'auteur du bulletin certifie sciemment, soit dans son propre intérêt, soit dans l'intérêt du tiers recommandé, soit par toute autre considération, des faits matériellement inexacts et trompe ainsi à dessein la confiance du correspondant qui fait appel à sa bonne foi, ce dol, d'autant plus répréhensible qu'il emprunte la forme confidentielle et atteint de cette manière plus sûrement son but, donne

Digitized by Google

ouverture à une action en indemnité, fondée non sur l'inexécution d'un contrat, mais sur la disposition de l'art. 1382 C. civ., relative aux délits et aux quasi-délits et portant que „tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer“;

Qu'en pareil cas la responsabilité de l'auteur du bulletin subsiste nonobstant la clause de non-garantie, clause entachée de dol comme le bulletin lui-même, et dès lors nulle de plein droit (cf. art. 1628 C. civ.);

Considérant que ces principes, admis déjà par la loi romaine (Dig. de Regulis juris, L. 47: „Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; cæterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit“), sont consacrés tant par la doctrine que par la jurisprudence (Pardessus, Cours de droit commercial, N° 585, — Pothier, Traité du Mandat, N° 20, — Aubry et Rau, Cours de droit civil français, IV, p. 635, texte et note 9, — Marcadé et Pont, VIII, N°s 834, 837, — Mourlon, III, p. 391, ad art. 1984 et suiv., — Sirey, Codes annotés, Supplém. au Code Nap., ad art. 1382 et 1383, N° 201, arrêt du 28 Juin 1859*), — Seuffert, Archiv, Neue Folge, I, N° 328: „Der wissentliche Ertheiler einer unrichtigen Empfehlung haftet für den angerichteten Schaden nach den Grundsätzen über die actio doli, nicht aber entsteht durch die unrichtige Empfehlung eine vertragsmässige Verpflichtung“, — Jugement du Tribunal de commerce de Marseille en date du 8 Novembre 1882 entre Aug. Racine et fils et la Banque Ottomane, et arrêt confirmatif de la Cour d'Appel d'Aix, du 19 Avril 1883, v. Journal des Tribunaux suisses, année 1882, N° 49, p. 815—816, et année 1883, N° 25, p. 448);

Qu'il s'agit donc de rechercher si M. Waiblinger, en sa qualité de gérant de la Succursale de Porrentruy, a sciemment transmis au Comptoir d'escompte de Mulhouse des renseignements inexacts sur Joseph Jolidon;

Considérant que le bulletin du 30 Mars 1878 qui motive la demande, renferme trois attestations distinctes, quoique connexes entre elles, l'une concernant la fortune de Jolidon,

---

*) C. de Riom. „Celui qui a fourni sciemment, sur la solvabilité d'un tiers, des renseignements mensongers par lesquels une autre personne a été déterminée à nouer et à entretenir des relations d'affaires avec ce dernier, est responsable du préjudice que vient à éprouver cette personne par l'effet de l'insolvabilité du tiers dont elle est, à la suite de ces relations, devenue créancière.“

Digitized by Google

la 2e évaluant le crédit qui pouvait lui être accordé à cette date, la 3e ayant trait aux garanties que présentaient les effets par lui négociés;

Considérant que des termes du certificat „Jolidon possède une jolie fortune" il ressort que, selon M. Waiblinger, Jolidon avait, le 30 Mars 1878, une fortune personnelle, indépendante de celle qu'il était éventuellement appelé à recueillir par succession et que cette fortune lui procurait une certaine aisance; — que le Comptoir d'escompte a expressément dénié en demande l'existence d'une fortune personnelle et que, dans le cours de la procédure, la Banque défenderesse, intéressée cependant à justifier l'assertion du bulletin, n'a point offert d'en administrer la preuve, bien que cette preuve fût à sa charge; — qu'il est constant, du reste, que les créanciers qui réclamaient des garanties hypothécaires, les ont obtenues, non de Jolidon lui-même, mais de ses parents, les époux Pierre-Joseph Jolidon et Madeleine née Lovis, et de Pierre Jolidon;

Que le résultat désastreux de la faillite de Jolidon, les pertes subies par les créanciers qui lui avaient ouvert des crédits, les déclarations du syndic, l'examen des relevés de compte joints aux actes, établissent incontestablement l'inexactitude de la 2e assertion du bulletin, d'après laquelle Jolidon aurait „mérité sans crainte", le 30 Mars 1878, „un crédit de fr. 10 à 15,000";

Qu'il appert pareillement des nombreux retours de billets escomptés à Jolidon, des poursuites dirigées contre les signataires, des protêts dressés à la requête de la Banque cantonale elle-même, que Jolidon, à la date du bulletin, „ne se faisait pas largement garantir" le papier par lui présenté à l'escompte;

Considérant que M. Waiblinger avait parfaite connaissance de la position réelle de Jolidon et de l'inexactitude intrinsèque du bulletin délivré au Comptoir d'escompte de Mulhouse; en effet:

a. L'ancien gérant V. Meyer ayant dépassé de beaucoup le crédit originaire de fr. 20,000, accordé à Jolidon le 28 Février 1872, la Direction de la Banque cantonale a, dès 1875, pris des mesures pour ramener le crédit au chiffre normal; par lettre du 5 Novembre 1875 elle informait Meyer que Jolidon était rayé de la liste d'escompte et lui donnait les instructions suivantes:

Digitized by Google

„En traçant ce nom de la liste, la Direction entend seulement qu'on doit rompre les relations et liquider le plus vite possible les effets en portefeuille avec cette signature. Des renouvellements partiels ne sont pas exclus pour faciliter cette liquidation dans l'intérêt même de la Banque."

Dans la plainte adressée au Préfet du district de Porrentruy contre l'ancien gérant Meyer, le 26 Décembre 1878, la Direction de la Banque cantonale constate que les escomptes consentis par Meyer en faveur de Jolidon se sont élevés à fr. 148,457 et déclare:

„C'est en vain que le 5 Novembre 1875 la Direction avisait Meyer que Jolidon était biffé de la liste d'escompte; loin d'avoir égard aux décisions prises concernant cet accrédité, on continuait à bourrer le portefeuille de cette signature et, au lieu de réduire, on augmenta encore le chiffre de ses escomptes. C'est en vain que le 19 Février 1875 et le 4 Octobre de la même année, les abus commis par le gérant lui étaient signalés avec sévérité et que la Direction, tout en lui exprimant son vif mécontentement, l'invitait à se conformer aux réglements; Meyer faisait la sourde oreille . . ."

b. Le vice-gérant de la Succursale de Porrentruy, M. Kehrli, entendu dans l'enquête instruite contre Joseph Jolidon, a dû reconnaître que deux ans au moins avant la déconfiture de Jolidon il s'était aperçu que ce dernier était gêné dans ses affaires et, à la question suivante du juge d'instruction: „par quels moyens Jolidon a-t-il pu maintenir son crédit auprès de la Banque aussi longtemps?" il a répondu: „la Banque, dans les dernières années, lui retirait petit à petit son crédit; il était dans l'intérêt de la Banque de ne pas le retirer trop brusquement."

c. Après la démission du gérant Meyer dont les fonctions ont pris fin le 18 Août 1877, l'administrateur provisoire de la Succursale de Porrentruy, M. Vernier, vérification faite du compte de Jolidon qui accusait environ fr. 40,000 d'effets protestés, exigea jusqu'à concurrence de cette somme une garantie hypothécaire, et un acte en ce sens fut dressé par le notaire Périnat le 3 Décembre 1877.

d. Dès l'entrée en fonctions du nouveau gérant M. Waiblinger — 15 Novembre 1877 — Jolidon fut vivement pressé de réduire son découvert; il offrit à la Banque cantonale de fournir le cautionnement de ses parents pour les effets en

Digitized by Google

portefeuille négociés à la Succursale et de verser chaque mois fr. 3500 en extinction des effets à échoir et qui ne seraient pas payés; ses propositions ayant été soumises à la Direction centrale de Berne, celle-ci, sous la date du 18 Décembre 1877, formula sa réponse comme suit:

„. . . La Direction déclare préalablement, mais péremptoirement trois choses:

1° Elle ne veut entrer en négociation pour le renouvellement partiel des effets en portefeuille que lorsque le montant total de ces effets escomptés directement sera réduit à fr. 100,000 au plus;

2° Elle n'accorde terme jusqu'à fin Janvier à cet effet qu'à condition que, sans plus de retard, M. Jolidon donne par acte notarié la garantie solidaire du père et de la mère pour la totalité des effets en portefeuille aujourd'hui ou y entrant plus tard;

3° Il ne peut être question de remarcher ensemble sur l'ancien pied, comme M. Jolidon en émet l'espoir au bas de sa lettre. Mais des affaires d'escompte dans des limites raisonnables ne sont pas exclues de l'avenir. Seulement il ne peut en être parlé que lorsque les effets en portefeuille seront réellement réduits à un chiffre de fr. 30,000 environ, ce qui, d'après les propositions mêmes, nous mènerait jusqu'en 1879 . . .

Comme il y a pour au moins fr. 130,000 d'effets en portefeuille, c'est une somme d'au moins fr. 30,000 à trouver d'ici à fin Janvier pour le retrait d'effets . . .“

Conformément à ces instructions explicites, dont l'exécution était confiée à M. Waiblinger, Pierre-Joseph Jolidon et Madeleine née Lovis ont, par acte reçu de Me Rebetez le 8 Février 1878, souscrit au profit de la Banque cantonale un cautionnement solidaire de fr. 100,000. „Il est entendu, porte l'acte, que le débiteur (Joseph Jolidon), sous la garantie du présent cautionnement, doit verser chaque mois à commencer par fin Janvier 1878 au moins fr. 3,500, dans un compte-courant de la Succursale de Porrentruy, uniquement destinés à réduire d'autant la circulation des dits effets . . . . . Tout versement mensuel de fr. 3,500 qui n'aurait pas été effectué dans les dix jours de son échéance, donne à la Banque le droit de dénoncer le solde de sa créance à trois mois . . .“

e. Lors des débats de l'affaire Jolidon devant les assises, M. Waiblinger, qui comparaissait comme représentant de la Banque cantonale, partie civile, a déclaré „que dès son arrivée

Digitized by Google

comme employé de la Succursale de Porrentruy il n'avait eu aucune confiance en Jolidon, ou plutôt que Jolidon n'était pas un homme en qui on pût avoir confiance, et qu'il avait fait tous ses efforts pour réduire ce qu'il devait à la Banque." Le témoin Boinay qui reproduit cette déclaration (protocole du 12 Juillet 1882), ajoute: „Je tiens de Jolidon que M. Waiblinger, dès son arrivée à la Banque, lui avait coupé l'herbe sous les pieds, au point qu'il devait trouver de l'argent pour le rembourser coûte que coûte, qu'ainsi harcelé par la Banque, il était allé jusque dans le canton du Valais pour obtenir de l'argent d'une banque dont j'ignore le nom. Jolidon a fait les déclarations que je rapporte en Cour d'assises."

f. Le 7 Décembre 1877 M. Waiblinger écrivait à MM. Klaye-Chodat & Comp., banquiers à Délémont:

„... Nous n'avons pas trouvé convenance à accepter les prétendues couvertures que M. Jolidon nous a faites pour ses échéances du 1er courant. Nous continuerons nos relations avec lui pour autant qu'il se conformera aux conditions que nous lui avons posées."

g. Les lettres et télégrammes suivants, en majeure partie de la main de M. Waiblinger, ont été adressés par la Succursale de Porrentruy à Jolidon antérieurement au bulletin du 30 Mars 1878:

Lettre du 26 Décembre 1877:

„En réponse à votre lettre de ce jour, nous vous informons que nous renverrons demain protestées et votre traite de fr. 2,500, 10 Décembre, o. V. Carnal et celle de fr. 2,500, 10 Décembre, o. Ch. Moschard, si vous ne nous en faites pas les fonds d'ici à demain soir, 6 heures ... Si vous tenez à votre crédit, vous ferez bien de vous conformer à nos prescriptions mieux que par le passé."

Télégramme du 28 Décembre 1877:

„Acceptons bonifications Klaye pour leurs endossements — exigeons espèces pour vos endos directs — ferons protester solde ce soir."

Lettre du même jour:

„A vos dépêches d'hier nous venons de répondre (suit la reproduction du télégramme ci-dessus); ce que nous vous confirmons, étant bientôt rassasiés de vos vaines promesses. Vous connaissez les décisions qui ont été prises à Berne à votre égard et vous feriez bien de commencer les remboursements en espèces de l'excédent de

Digitized by Google

fr. 100,000. Il y a donc en souffrance..., plus au protêt..., MM. Klaye Chodat nous ont fait une bonification de fr. 5,000 pour le 3 Janvier. Le solde est à couvrir jusqu'à ce soir en évitation de protêts. En outre, vous aurez à nous faire les fonds pour votre traite en souffrance de fr. 2,500 au 25 Décembre, également entre les mains du notaire..."

Lettre du 9 Janvier 1878:

„Nous possédons votre dépêche d'hier et attendons des espèces aujourd'hui même pour acquitter par votre débit votre traite de fr. 2,500 au 25 Décembre, o. C. Moschard. Vous aurez en outre à nous couvrir, soit par bonification, soit en espèces, les endossements Klaye-Chodat et Comp. protestés que voici ... et nous vous prévenons que nous les renverrons indubitablement à ces Messieurs si demain soir nous ne sommes pas couverts du tout..."

Lettre du 15 Janvier 1878:

„... Personne plus que le soussigné (M. Waiblinger) n'envie le moment où les tracas avec vous auront pris fin; à vous en 1re ligne à accélérer ce moment en nous faisant un ou plusieurs envois d'espèces, afin que je puisse annoncer à la Direction que vous avez dûment rempli l'exigence qui vous a été posée pour la continuation de nos relations ... Nous nous trouvons en présence des effets protestés suivants ... valeur totale fr. 6,653. 90, somme à couvrir *en espèces*..."

Lettre du 23 Janvier 1878:

„... Quant à la circulation de vos effets d'escompte, elle s'élevait au 15 courant à . . . . fr. 104,031. 50
vos remises du 21 courant se montent à „ 8,114. —
fr. 112,145. 50
nous vous retournons aujourd'hui . . . „ 4,100. —
état à ce jour fr. 108,045. 50

de sorte que vous aurez encore fr. 8,045. 50 à nous couvrir en espèces dans la huitaine..."

Télégramme du 29 Janvier 1878:

„Si couverture effets Klaye pas en nos mains demain midi, retournerons tout protesté."

Lettre du 31 Janvier 1878:

„... Il nous reste en souffrance en fait de billets portant votre signature:

Digitized by Google

a) ceux négociés chez MM. Klaye-Chodat et Comp. (7 effets) valeur fr. 12,178.
b) ceux négociés directement à la Banque (16 effets) valeur fr. 30,691. 35.

Télégramme du 7 Février 1878:

„Où reste couverture effets Klaye? Réponse par le fil.“

Télégramme du 13 Février 1878:

„Vous avez encore à nous couvrir fr. 10,000, effets Klaye seront renvoyés irrévocablement si vendredi soir encore souffrance.“

Lettre du même jour:

„... *P. S.* Où reste l'acte promis pour samedi écoulé? Quand enfin pourra-t-on travailler en repos avec vous?“

Lettre du 19 Février 1878:

„... Nous vous remettons inclus une liste des effets qui restent en souffrance chez nous:

A. effets portant l'endossement Klaye-Chodat et Comp. (10 effets; valeur totale fr. 12,954. 10).

B. effets endossés directement à la Banque cantonale (24 effets, valeur totale fr. 27,127. 35).

P. S. Il n'est pas question de vous renvoyer un seul de vos endossements directs aussi longtemps que vous n'aurez pas effectué le versement dû pour le mois de Janvier de fr. 3,500, prévu dans votre acte de garantie. M. le directeur Henzi se rendant à Porrentruy vendredi prochain, nous vous invitons à vous mettre en règle auparavant.“

Lettre du 25 Février 1878:

„... *P. S.* Vous devez avoir une drôle de comptabilité, que vous n'avez point remarqué sur notre compte courant au 31 Décembre 1877 que vous n'étiez pas débité de nos retours du 28 Décembre par fr. 9,240. 05.“

Lettre du 28 Février 1878:

„... *P. S.* Tâchez de venir au plus vite à Porrentruy pour cause de communications importantes.“

Télégramme du 11 Mars 1878

„Refusons effets arrivés ce matin. Attendons espèces jusque ce soir.“

Lettre du même jour (copiée dans le registre spécial B, renfermant la correspondance de la Succursale de Porrentruy avec la Direction de la Banque et les autres Succursales.)

Digitized by Google

„Nous vous confirmons notre lettre du 5 courant. Selon votre acte du 3 Décembre 1877 vous aviez à nous verser :

fr. 1,000 le 31 Décembre,
„ 1,000 le 31 Janvier,
„ 1,000 le 28 Février.

Selon votre acte du 8 Février dernier nous devions recevoir de vous en outre:

„ 3,500 le 31 Janvier,
„ 3,500 le 28 Février,

fr. 10,000 ensemble, sur lesquels nous n'avons pas encore perçu le moindre à compte.

Nous vous fixons un délai de 24 heures à partir de la réception de ces lignes pour nous faire tenir cette somme.

Faute par vous de faire droit à notre réclamation, nous renverrons immédiatement à MM. Klaye-Chodat et Comp. tous vos effets impayés portant leur endossement et en outre nous donnerons communication à notre Direction de la manière dont vous tenez vos engagements.“

Télégramme du 13 Mars 1878 :

„Vous attendons demain jeudi avec espèces.“

Télégramme du 19 Mars 1878 :

„Si fr. 8,000 espèces pas en nos mains demain soir, ferons rapport Berne.

Lettre du 21 Mars 1878 :

„Nous sommes en possession de vos deux dépêches des 12 et 20 courant, ainsi que de votre lettre d'hier . . . Par votre lettre d'hier nous avons reçu fr. *1,500* en espèces à votre crédit . . . Notre gérant partant demain pour Berne pour y faire rapport, nous vous invitons à nous faire tenir le reste de la couverture de fr. *6,500* en espèces pour ce soir sans faute.“

Télégramme du 27 Mars 1878 (en réponse à une lettre de Jolidon du 25 m. m. transmettant diverses remises à la Succursale de Porrentruy) :

„Renvoyons vos remises. Attendons des espèces.“

Considérant qu'en présence de ces documents qui trahissent l'inquiétude, entièrement justifiée d'ailleurs, du gérant de la Succursale et donnent la mesure exacte de sa confiance en Jolidon, il est impossible d'admettre que M. Waiblinger,

Digitized by Google

après avoir adressé à Jolidon la lettre comminatoire et les télégrammes du 11 et du 19 Mars, refusé le 27 Mars les remises de ce débiteur et exigé un paiement immédiat en espèces, ait pu le 30 Mars délivrer de bonne foi la triple attestation contenue dans le bulletin transmis au Comptoir d'escompte, les actes mêmes de M. Waiblinger démentant la réalité des faits dont il certifiait l'existence;

Considérant que le fondement juridique de la demande est ainsi établi et que, l'opinion du rédacteur du bulletin sur la solvabilité de Jolidon ne pouvant être douteuse, il importe peu, pour la solution du litige, de savoir quelle était à cet égard l'appréciation individuelle soit des membres du Comité d'Administration de la Succursale, soit des divers banquiers de Delémont et de Porrentruy; qu'au surplus MM. Klaye-Chodat et Comp. avaient eu soin de réclamer dès le 17 Décembre 1877 le cautionnement des parents de Jolidon pour un crédit de fr. 50,000 (v. actes du dit jour et du 4 Janvier 1878); que de son côté M. Choffat, banquier à Porrentruy, dont le témoignage a été invoqué, émet l'avis suivant: „Jolidon, par le genre d'affaires qu'il traitait, ses aptitudes et sa fortune, ne m'inspirait pas de confiance. Aussi m'écrivit-il deux lettres et fit-il chez moi personnellement une démarche pour se mettre en relation avec moi; mais je lui répondis que, traitant déjà avec quatre banquiers, il me semblait que des frais énormes de renouvellement et autres devaient rendre sa position dangereuse et que par crainte je ne voulais pas traiter avec lui. Ceci se passait en 1877... Je pensais qu'étant peu au courant des affaires de banque et faisant des affaires aussi importantes, il devait nécessairement se ruiner... Je ne me rappelle pas avoir conféré avec d'autres banquiers sur la position de Jolidon; mais je crois que mon opinion était généralement partagée (protocole du 12 Juillet 1882)";

Considérant que les circonstances dans lesquelles a été délivré le bulletin du 30 Mars 1878 révèlent suffisamment le mobile véritable de cette recommandation, destinée à procurer de nouvelles ressources au débiteur de la Banque cantonale; — que dans ses lettres du 8 et du 12 Janvier 1878 Jolidon, réduit aux expédients et sentant la nécessité de relever son crédit pour prévenir une catastrophe imminente, faisait connaître d'avance, en termes non équivoques, l'importance décisive que devait avoir, selon lui, l'intervention du gérant Waiblinger, lorsqu'il écrivait: „Vous savez qu'il ne tient qu'à

Digitized by Google

vous de maintenir mon crédit auprès des autres établissements en leur témoignant que vous avez la même confiance en moi que ci-devant. Cela faisant, vous ferez un acte dont je vous serai toujours reconnaissant, ainsi qu'à votre administration....“ (lettre du 8 Janvier); — „Vous pouvez pour ainsi (dire) seul conserver mon crédit....“ (lettre du 12 Janvier);

Considérant que le Comptoir d'escompte de Mulhouse n'avait point à contrôler l'exactitude du bulletin reçu de la Succursale de Porrentruy; — qu'il est certain d'autre part que ce bulletin dont l'origine et le contenu étaient de nature à lui donner une sécurité complète, a été le motif déterminant des escomptes consentis et la cause première de la perte éprouvée;

Considérant que le dol engendre un droit d'action contre son auteur lors même que celui-ci n'aurait retiré du dol aucun bénéfice personnel; qu'ainsi, bien que la procédure ne fournisse pas d'indications précises sur l'emploi des fonds versés par le Comptoir d'escompte et que les experts ne mentionnent, comme perçue directement par la Succursale de Porrentruy, qu'une somme de fr. 2,000, montant d'un chèque tiré sur Veillard et Cie à Bâle, la demande n'en est pas moins recevable et légitimée en principe, d'autant plus que la Banque cantonale a indirectement et à l'instar des autres créanciers, profité de l'ouverture du nouveau crédit qui facilitait l'exécution des engagements de Jolidon;

Que toutefois le demandeur n'a établi qu'en partie le fait articulé touchant l'emploi des fonds, fait dont il offrait la preuve, et qu'il convient d'en tenir compte dans la fixation du montant des dommages-intérêts;

Considérant en outre que le Comptoir d'escompte a dépassé les limites indiquées au bulletin, puisque sa créance s'élevait à fr. 17,299. 35 lors de la déclaration de faillite; — que les premiers billets par lui escomptés à Jolidon après la réception du bulletin ont été payés; — qu'il aurait dû, dès l'échéance des derniers billets, en poursuivre juridiquement la rentrée et que le préjudice résultant, de son propre aveu (v. dépos. de M. Böringer, enquête Jolidon, doss. II, p. 44), de l'escroquerie commise par Jolidon le 7 novembre 1878, ne peut être mis à la charge de la défenderesse;

Que ces diverses circonstances justifient de même une réduction de la somme réclamée en demande;

Considérant que la Banque défenderesse est actionnée en première ligne comme tenue, par son fait, du paiement

Digitized by Google

des dommages-intérêts (art. 1382 C. civ.) et subsidiairement comme responsable du fait de son préposé M. Waiblinger (art. 1384 ib.); que si le bulletin de renseignements du 30 Mars 1878 est l'œuvre matérielle de M. Waiblinger, il émane en réalité de l'établissement dirigé par celui-ci et auquel s'adressait le Comptoir d'escompte, ce que la défenderesse ne conteste point (v. N°s 89, 98, 99, 166); que les conclusions principales doivent conséquemment être adjugées;

Considérant que la dette de Joseph Jolidon envers le demandeur, défalcation faite d'un versement opéré le 17 Décembre 1878 sur le billet Crevoiserat, comprenait le 26 même mois une somme de fr. 16,269. 20; que par suite de nouvelles rentrées et de la perception de dividendes dans la faillite Jolidon, cette dette s'est trouvée réduite, le 30 Septembre 1880, à fr. *12,992. 40* en principal, intérêts réservés (v. extrait de compte produit); — que la défenderesse doit, dans la mesure des condamnations prononcées contre elle et qui emportent subrogation proportionnelle à son profit, participer aux dividendes et recouvrements postérieurs à cette dernière date;

par ces motifs,

la Cour d'Appel et de Cassation (Chambres réunies), réformant le jugement rendu en première instance par le Tribunal consulaire du district de Porrentruy *), adjuge au Comptoir d'escompte de Mulhouse ses conclusions en ce sens que la Banque défenderesse est condamnée à lui payer le *70 %*:

a) de la somme principale de fr. *12,992. 40*,

b) des intérêts au taux du commerce de cette somme dès le 26 Décembre 1878,

c) des frais de poursuites et d'encaissement postérieurs au 30 Septembre 1880, moyennant justification régulière du paiement de ces frais de la part du demandeur,

le tout à charge par le demandeur de bonifier à la défenderesse le 70 % des sommes qu'il a perçues depuis le 30 Septembre 1880 ou qu'il pourra percevoir à partir du présent arrêt, soit à titre de dividende dans la faillite de Joseph Jolidon, soit des autres signataires des billets formant l'objet de sa réclamation dans ladite faillite; — déboute le demandeur du surplus de ses conclusions principales et condamne la défenderesse aux trois-quarts des frais.

*) Ce jugement rejetait la demande du Comptoir d'escompte pour le tout.

Digitized by Google

Le jugement du Tribunal de commerce de Marseille en date du 8 Novembre 1882, rappelé dans l'arrêt qui précède, est intervenu sur une demande formée par MM. Aug. Racine et fils, à Marseille, contre la Banque impériale Ottomane, Succursale d'Andrinople. Ce jugement déclare la Banque Ottomane responsable en principe du préjudice résultant de renseignements erronés, fournis par lettre confidentielle, et la condamne à payer aux demandeurs, à titre de dommages-intérêts, 40 % de la somme de fr. 768,897. 50, montant de leur admission au passif de la faillite de Joseph d'Orfani, à Andrinople, „.... attendu que la Banque Ottomane avait d'anciennes relations d'affaires avec le S' d'Orfani, qu'elle était créancière en juillet 1880 de 21,409 livres turques et de 6,700 autres livres dues par le sieur Pirjantz et garanties par d'Orfani; .... attendu que par la lettre du 28 juillet 1880 — adressée à Aug. Racine et fils en réponse à leur lettre du 17 du même mois qui demandait des renseignements aussi précis que possible sur d'Orfani — le directeur de la Banque a présenté la situation de ce dernier sous les aspects les plus propres à le recommander, qu'il a ajouté que d'Orfani disposait d'assez grands moyens, qu'il possédait un moulin à vapeur, des propriétés et immeubles; que cette assertion était complètement inexacte; que d'Orfani, ainsi que le constate le rapport du syndic, avait perdu le faible capital avec lequel il avait entrepris le commerce, que c'était un négociant obéré qui n'a été longtemps soutenu que par le crédit intéressé que lui faisait la Banque; qu'il l'a été en dernier lieu par les fonds des sieurs Aug. Racine et fils; que la Banque ne pouvait ignorer combien était faible son capital originaire et combien il avait perdu, mais qu'elle savait que d'Orfani ne continuait à faire le commerce que par des moyens artificiels; .... que le directeur de la Banque a ainsi donné sciemment des renseignements inexacts; .... attendu que c'est faire confiance à la bonne foi d'un banquier que de lui demander des renseignements sur un tiers, que le banquier a une entière liberté de s'abstenir de répondre, mais que, s'il donne des renseignements, il doit en apprécier l'importance et répondre surtout avec la bonne foi à laquelle son correspondant a fait appel et sur laquelle il a droit de compter; que des renseignements sciemment inexacts entraînent donc la responsabilité du préjudice qu'ils causent, dans les limites où ce préjudice a pu être prévu; .... attendu que les renseignements de la Banque ont eu pour conséquence naturelle que les sieurs Aug.

Digitized by Google

Racine et fils fissent des crédits au sieur Joseph d'Orfani et éprouvassent par leurs crédits des pertes d'argent; que toutefois ces renseignements n'ont pas eu pour conséquence naturelle et qui ait dû être prévue l'extension trop grande et imprudente donnée à leurs crédits; que la déclaration du directeur de la Banque sur les moyens dont disposait le sieur d'Orfani n'était pas de nature à déterminer des avances de près de fr. 800,000; que dès lors la responsabilité de la Banque doit être restreinte à une partie de la perte éprouvée par les sieurs Aug. Racine et fils; qu'on peut apprécier que les avances faites ont excédé de 60 % les limites que devait fixer la prudence...."

La Banque Ottomane avait interjeté appel de ce jugement; mais il a été confirmé le 19 Avril 1883 par arrêt de la Cour d'Aix, adoptant sans réserve les motifs du Tribunal de Marseille. J.

Bundesrechtliche Erörterungen.

Von Hrn. Leo Weber in Bern.

I. Zum Obligationenrecht.

Die durch den dreiunddreißigsten Titel des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vorgeschriebene Errichtung eines schweizerischen Handelsregisters ist in den davon berührten Gebieten gleich im ersten Jahre seiner Rechtskraft zu einem Prüfstein des Gesetzes geworden. Die alte Wahrheit, daß man die Vorzüge wie die Mängel der Gesetze erst durch deren praktische Anwendung kennen lernt, hat sich auch hier wieder erprobt.

Wir wollen an der Hand der Erfahrung einige sachbezügliche Fragen erörtern.

1. Geschäftsfirmen.

Der Art. 902 des Obligationenrechts enthält folgende Uebergangsbestimmung: „Die am 1. Januar 1883 bereits bestehenden, diesem Gesetze widersprechenden Firmen dürfen bis zum 31. Dezember 1892 unverändert fortbestehen. Bei irgend welcher Aen-

Digitized by Google

derung der Firmen vor diesem letztern Zeitpunkte sind sie jedoch sofort mit dem Gesetze in Einklang zu bringen."

Da im Laufe des Jahres 1883 Fälle vorkamen, in denen eine vor dem 1. Januar 1883 entstandene Firma (eines einzelnen Kaufmanns) von einer Person übernommen wurde, welche einen der Firma nicht entsprechenden bürgerlichen Namen führt, und über die Berechtigung zur Weiterführung der bisherigen Firma zwischen der kantonalen Registerbehörde und dem Schweizerischen Handelsregisteramte, bezw. dem Schweiz. Handels- und Landwirthschaftsdepartemente, abweichende Ansichten bestanden, so war der Bundesrath veranlaßt, einen interpretativen Entscheid zu fassen, um den Sinn von Art. 902 O.-R. festzustellen. Der Bundesrath hat den Artikel am 6. April 1883 dahin interpretirt, daß nur die am 1. Januar 1883 vorhandenen Inhaber von dem Gesetze (Art. 867 ff.) widersprechenden Firmen dieselben bis 31. Dezember 1892 unverändert fortführen dürfen. „Wenn vom 1. Januar 1883 an in der Person der Firmaträger ein Wechsel, eine Aenderung eintritt, so kommen die Bestimmungen des Gesetzes über die Führung einer Firma zur Anwendung (O. 867, 869, 870 u. ff.)." Als auffallenderweise auch über die Tragweite dieses bundesräthlichen Entscheides Meinungsdifferenzen sich erhoben, richtete die Bundesbehörde die weitere interpretative Mittheilung an die kantonalen Registerbehörden, daß die Personalveränderungen immerhin solche sein müssen, welche vermöge gesetzlicher Vorschrift einen entscheidenden Einfluß auf die Bildung einer Firma haben, wie z. B. der Uebergang eines Geschäftes auf eine andere Person (O. 874), der Beitritt eines Gesellschafters (O. 869), der Austritt eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten oder durch einen Zusatz ersetzt war (O. 872).

Diese vom Bundesrath vermöge seines Oberaufsichtsrechtes über die Führung des Handelsregisters ertheilte gesetzauslegende Weisung ist auf vielfachen Widerstand gestoßen und wird von sehr berufener Seite bekämpft. Man weist von dieser Seite darauf hin, daß der entsprechende Artikel 908 des bundesräthlichen Entwurfes betreffend die Uebergangsbestimmungen zum

Digitized by Google

Obligationenrecht, vom 16. November 1880, folgenden Wortlaut hatte: „Die am 1. Jänner 1883 bereits bestehenden, diesem Gesetze widersprechenden Firmen dürfen bis zum 31. Christmonat 1887 unverändert fortbestehen. Bei irgend welcher Aenderung vor diesem letztern Zeitpunkte sind sie jedoch sofort mit dem Gesetze in Einklang zu bringen." Die Kommissionen der eidgen. Räthe und die Bundesversammlung haben, so wendet man ein, mit voller Absicht an dieser Fassung des Artikels zwei Aenderungen vorgenommen. Einmal sei die Schutzfrist für die bestehenden, dem Gesetze widersprechenden Firmen auf zehn Jahre, statt fünf, d. h. bis zum 31. Christmonat 1892, ausgedehnt worden und zweitens habe man durch Annahme der Redaktion: „Bei irgend welcher Aenderung der Firmen vor diesem letztern Zeitpunkte sind sie jedoch sofort mit dem Gesetze in Einklang zu bringen" — unzweideutig genug gesagt, daß nur eine Aenderung des Geschäftsnamens, der Firma im eigentlichen Sinne, den Verlust des vom Gesetze übergangsweise gewährten Rechtes zur Folge habe. Als unterstützendes äußeres Moment spreche für diese Auslegung, daß das Gesetz überall unter „Firma" nur den kaufmännischen, geschäftlichen Namen verstehe, niemals damit das Handelshaus oder das Handelsgeschäft bezeichnen wolle.

Hr. Prof. Dr. Schneider in Zürich hat in der 2. Auflage seines Commentars zum Schweiz. Obligationenrecht bei Art. 902 die in Frage stehende Interpretation des Bundesrathes mitgetheilt und an diese Mittheilung die Bemerkung geknüpft, der Bundesrath habe auf die Gegenvorstellungen der Professoren Speiser, Fick und Schneider hin seine Auslegung zwar nicht zurückgenommen, aber doch immerhin hinzugefügt, daß unter der Aenderung nur eine solche zu verstehen sei, welche nach dem Gesetze von Einfluß auf die Firma sein müsse. Wir unsererseits haben diese Erläuterung niemals für nothwendig gehalten. Wenn der Bundesrath unter Allegation der Art. 867, 869, 870 u. ff. O.-R. sagt, daß bei einer Aenderung in der Person der Firmaträger seit 1. Januar 1883 die Bestimmungen des Gesetzes über die Führung einer Firma zur Anwendung kommen, so kann ja die

Digitized by Google

Tragweite des Entscheides nicht zweifelhaft sein. Es wird jede Aenderung seit dem 1. Januar 1883 in Gemäßheit der allgemeinen Uebergangsbestimmung des Art. 882 als eine nach den Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurtheilende Thatsache betrachtet, d. h. wenn die Aenderung nicht von entscheidendem Einfluß auf die Bildung der Firma ist, wenn diese letztere nachher unverändert fortbestehen kann, ohne daß dadurch ein Widerspruch mit dem Gesetze entsteht, so hat es eben nach dem Willen und in Anwendung des Gesetzes bei der bisherigen Firma sein Verbleiben, andernfalls aber wird die Firma infolge der Aenderung mit dem Gesetze in Einklang gebracht werden müssen.

Man findet auf Seite der Gegner des bundesräthlichen Interpretationsentscheides, daß nicht bloß der Wortlaut des Art. 902 ihm entgegenstehe, indem derselbe sich nur auf den Fall einer (freiwilligen) Aenderung der Firmen (Geschäftsnamen) beziehe, sondern daß auch sehr gute innere Gründe für die Auffassung sprechen, nach welcher die am 1. Januar 1883 bereits bestehenden, dem Gesetze widersprechenden Firmen noch zehn Jahre lang (vom 1. Januar 1883 hinweg) unverändert fortbestehen können, ohne daß während dieser Zeit im Personalbestand der Firmen allfällig eintretende Aenderungen der Ausübung dieses Rechtes hinderlich wären oder dasselbe aufzuheben vermöchten. Es müsse nämlich wohl beachtet werden, daß die Fortführung einer althergebrachten Firma für den Inhaber, bezw. für den Erwerber eines Geschäftes von ganz bedeutendem finanziellen Werthe sei. Der Geschäftsname bilde in solchem Falle geradezu ein Vermögensobjekt. Um den Besitzer einer in dieser Weise akkreditirten Firma, welche vielleicht seit Jahrzehnten, ja seit Jahrhunderten unverändert geblieben ist, während die Personen ihrer Inhaber immerfort gewechselt haben, nicht durch sofortige schroffe Anwendung des Gesetzes großem ökonomischen Nachtheil auszusetzen, habe man eine Uebergangszeit von zehn Jahren angenommen, innerhalb welcher die alte Firma unverändert fortgeführt werden, bezw. unter Lebenden oder von Todeswegen zu unveränderter Fortführung an einen neuen Inhaber übergehen könne.

Digitized by Google

Wenn das die Intention des Gesetzgebers war, und es wäre nach den Erklärungen, die der Redaktor der Uebergangsbestimmungen des Obligationenrechts und der dazu gehörigen bundesräthlichen Botschaft, Prof. Dr. Schneider, darüber abgegeben hat, nicht daran zu zweifeln, so scheint uns, daß dieselbe in der erläuternden Botschaft, vom 16. Nov. 1880, einen etwas präzisern Ausdruck hätte finden dürfen. Wir haben von der bezüglichen Erörterung eher den Eindruck empfangen, daß deren Verfasser sich zu der vom Bundesrathe adoptirten Auffassung bekenne. Ist doch an betreffender Stelle gesagt, daß von einem dem Staate gegenüber erworbenen Rechte auf Beibehaltung einer Firma nicht gesprochen werden könne; die Bestimmung über den Besitz der Firmen betreffe vielmehr das Dasein von Rechten und unterliege daher keiner Beschränkung durch hergebrachte Zustände; das öffentliche Verkehrsinteresse an der Existenz unzweideutiger, dem Gesetze entsprechender Firmen sei vor Allem maßgebend, die Rücksicht aber auf den Kredit einer bestehenden Firma und das Interesse des Inhabers an der weitern Benutzung dieses Kredites hinlänglich gewahrt, theils durch die längere Uebergangszeit, theils durch die vom Obligationenrecht dem Inhaber gegebene Möglichkeit, die neue Firma durch irgend einen Zusatz als Nachfolgerin der althergebrachten erkennbar zu machen. In diesen Worten schien uns der Gedanke zu liegen, daß das Gesetz das Interesse des Inhabers einer am 1. Jan. 1883 bestehenden, den gesetzlichen Bestimmungen widersprechenden Firma nicht anders, als durch die Ermöglichung der „weitern Benutzung" des Firmakredites, d. i. der Fortführung der Firma, habe schützen wollen, daß es dem Gesetzgeber aber ferne gelegen habe, diesen Schutz von der Person des vom neuen Recht vorgefundenen Firmainhabers zu trennen und auf dessen Nachfolger bis zum 31. Dez. 1892 auszudehnen. Wir sind dabei allerdings von dem Grundgedanken ausgegangen, daß der Gesetzgeber vor Allem das persönliche Element der Firma, das Inhaberverhältniß, in's Auge gefaßt habe, und glaubten um so zuversichtlicher, damit den gesetzgeberischen Willen zu treffen, als ja, was auch die bundesräthliche Botschaft an der oben citirten Stelle

Digitized by Google

Tragweite des Entscheides nicht zweifelhaft sein. Es wird jede Aenderung seit dem 1. Januar 1883 in Gemäßheit der allgemeinen Uebergangsbestimmung des Art. 882 als eine nach den Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurtheilende Thatsache betrachtet, d. h. wenn die Aenderung nicht von entscheidendem Einfluß auf die Bildung der Firma ist, wenn diese letztere nachher unverändert fortbestehen kann, ohne daß dadurch ein Widerspruch mit dem Gesetze entsteht, so hat es eben nach dem Willen und in Anwendung des Gesetzes bei der bisherigen Firma sein Verbleiben, andernfalls aber wird die Firma infolge der Aenderung mit dem Gesetze in Einklang gebracht werden müssen.

Man findet auf Seite der Gegner des bundesräthlichen Interpretationsentscheides, daß nicht bloß der Wortlaut des Art. 902 ihm entgegenstehe, indem derselbe sich nur auf den Fall einer (freiwilligen) Aenderung der Firmen (Geschäftsnamen) beziehe, sondern daß auch sehr gute innere Gründe für die Auffassung sprechen, nach welcher die am 1. Januar 1883 bereits bestehenden, dem Gesetze widersprechenden Firmen noch zehn Jahre lang (vom 1. Januar 1883 hinweg) unverändert fortbestehen können, ohne daß während dieser Zeit im Personalbestand der Firmen allfällig eintretende Aenderungen der Ausübung dieses Rechtes hinderlich wären oder dasselbe aufzuheben vermöchten. Es müsse nämlich wohl beachtet werden, daß die Fortführung einer althergebrachten Firma für den Inhaber, bezw. für den Erwerber eines Geschäftes von ganz bedeutendem finanziellen Werthe sei. Der Geschäftsname bilde in solchem Falle geradezu ein Vermögensobjekt. Um den Besitzer einer in dieser Weise akkreditirten Firma, welche vielleicht seit Jahrzehnten, ja seit Jahrhunderten unverändert geblieben ist, während die Personen ihrer Inhaber immerfort gewechselt haben, nicht durch sofortige schroffe Anwendung des Gesetzes großem ökonomischen Nachtheil auszusetzen, habe man eine Uebergangszeit von zehn Jahren angenommen, innerhalb welcher die alte Firma unverändert fortgeführt werden, bezw. unter Lebenden oder von Todeswegen zu unveränderter Fortführung an einen neuen Inhaber übergehen könne.

Digitized by Google

Wenn das die Intention des Gesetzgebers war, und es wäre nach den Erklärungen, die der Redaktor der Uebergangsbestimmungen des Obligationenrechts und der dazu gehörigen bundesräthlichen Botschaft, Prof. Dr. Schneider, darüber abgegeben hat, nicht daran zu zweifeln, so scheint uns, daß dieselbe in der erläuternden Botschaft, vom 16. Nov. 1880, einen etwas präzisern Ausdruck hätte finden dürfen. Wir haben von der bezüglichen Erörterung eher den Eindruck empfangen, daß deren Verfasser sich zu der vom Bundesrathe adoptirten Auffassung bekenne. Ist doch an betreffender Stelle gesagt, daß von einem dem Staate gegenüber erworbenen Rechte auf Beibehaltung einer Firma nicht gesprochen werden könne; die Bestimmung über den Besitz der Firmen betreffe vielmehr das Dasein von Rechten und unterliege daher keiner Beschränkung durch hergebrachte Zustände; das öffentliche Verkehrsinteresse an der Existenz unzweideutiger, dem Gesetze entsprechender Firmen sei vor Allem maßgebend, die Rücksicht aber auf den Kredit einer bestehenden Firma und das Interesse des Inhabers an der weitern Benutzung dieses Kredites hinlänglich gewahrt, theils durch die längere Uebergangszeit, theils durch die vom Obligationenrecht dem Inhaber gegebene Möglichkeit, die neue Firma durch irgend einen Zusatz als Nachfolgerin der althergebrachten erkennbar zu machen. In diesen Worten schien uns der Gedanke zu liegen, daß das Gesetz das Interesse des Inhabers einer am 1. Jan. 1883 bestehenden, den gesetzlichen Bestimmungen widersprechenden Firma nicht anders, als durch die Ermöglichung der „weitern Benutzung" des Firmakredites, d. i. der Fortführung der Firma, habe schützen wollen, daß es dem Gesetzgeber aber ferne gelegen habe, diesen Schutz von der Person des vom neuen Recht vorgefundenen Firmainhabers zu trennen und auf dessen Nachfolger bis zum 31. Dez. 1892 auszudehnen. Wir sind dabei allerdings von dem Grundgedanken ausgegangen, daß der Gesetzgeber vor Allem das persönliche Element der Firma, das Inhaberverhältniß, in's Auge gefaßt habe, und glaubten um so zuversichtlicher, damit den gesetzgeberischen Willen zu treffen, als ja, was auch die bundesräthliche Botschaft an der oben citirten Stelle

Digitized by Google

hervorhebt, das persönliche Element nach dem neuen Gesetze auf die Bildung der Firma — abgesehen von Aktiengesellschaften und Genossenschaften — von entscheidendem Einflusse ist. Es sollen seit dem 1. Jan. 1883 keine (nach dem Thöl'schen Ausdrucke) „unwahre Firmen" mehr entstehen. War man nun nicht berechtigt, eine übergangsweise zugelassene Ausnahme von der gesetzlichen Regel strikte und so zu interpretiren, daß, wie es übrigens auch die grundsätzliche Uebergangsbestimmung des Art. 882 O.-R. verlangt, unter der Herrschaft des Gesetzes keine neuen rechtlich relevanten Thatsachen ohne die vom Gesetze daran geknüpfte Rechtsfolge eintreten können?

Es tritt noch ein materielles Moment hinzu, welches in unsern Augen sehr zur Rechtfertigung der hier vertretenen Auslegung des Gesetzes dient, dem man aber freilich entgegengehalten hat, es sei vielleicht ein de lege ferenda anzubringendes Argument, könne aber jetzt, da es sich um eine lex lata handelt, nicht mehr in Betracht kommen. Wenn man nämlich die Schutzfrist für die bestehenden, dem Gesetze widersprechenden Firmen als eine absolute in dem Sinne auffaßt, daß man von den Personen der Inhaber gänzlich absieht, so besteht auf zehn Jahre hinaus zwischen den Inhabern von dem Gesetze entsprechenden Firmen und den Inhabern von dem Gesetze widersprechenden Firmen ein Gegensatz, für den es nach unserm Dafürhalten in dieser Schärfe und Ausdehnung an einer innern Berechtigung fehlt. Man läßt es eben dann von der Willkür der Inhaber, bezw. der Erwerber von bestehenden, dem Gesetze nicht entsprechenden Firmen abhängig sein, ob sie — im Zeitraum von zehn Jahren seit 1. Januar 1883 — den Widerspruch mit dem Gesetze fortbestehen lassen wollen oder nicht. Anders aber bei den Inhabern von gesetzlich korrekten Firmen. Das Interesse eines Firmainhabers der letztern Art an der Aufrechterhaltung des Status quo, bezw. an der Uebertragbarkeit in unveränderter Form seiner am 1. Januar 1883 bestehenden und — vielleicht ganz zufällig — dem Gesetze entsprechenden Firma kann nun aber ganz ebenso groß sein, als dasjenige des Inhabers einer dem Gesetze widersprechenden Firma. Und doch gestattet man in Abweichung vom

Digitized by Google

allgemeinen Gesetze dem freien Willen dieses Letztern, bezw. seiner Rechtsnachfolger, während zehn Jahren die Wahrnehmung dieses Interesses, dem Erstern aber nicht. Wir meinen, die seit 1. Jan. 1883 eintretenden Thatsachen sollten für Beide dieselbe Rechtsfolge haben und es läge in einer gegentheiligen Praxis eine durch die Sache selbst nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung.

Auch das Interesse des Publikums, das in der bundesräthlichen Botschaft vom 16. Nov. 1880 mit Recht betonte „öffentliche Verkehrsinteresse an der Existenz unzweideutiger, dem Gesetze entsprechender Firmen", scheint uns durch den bundesräthlichen Entscheid besser, als es bei der entgegengesetzten Auffassung der Fall wäre, gewahrt zu sein. Das Publikum kennt den bisherigen Inhaber einer dem Gesetze widersprechenden Firma und, wie die bundesräthliche Botschaft bemerkt, es schenkt seinen Kredit oft mehr der hinter der Firma stehenden Person als der Firma selbst. Wenn nun die Firma seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts an einen neuen Inhaber übergeht, ohne daß dieser Wechsel, wie es sonst gemäß der gesetzlichen Regel geschieht, in der Firma ersichtlich wird, so kann das Publikum sich leicht der Täuschung hingeben, es sei in dem Inhaberverhältniß überhaupt keine Aenderung vor sich gegangen. Die Sicherheit des Verkehrs gewinnt dadurch offenbar nicht.

Schließlich mag bemerkt werden, daß der Wortlaut der besprochenen Gesetzesstelle sich sehr gut mit der beschränkenden Auslegung verträgt und keineswegs, wie auch behauptet worden ist, zu der gegentheiligen Auffassung nöthigt. Es wird nämlich bloß das Recht gewährt, die Firma *unverändert* fortzuführen. Der Inhaber derselben, auf den das Gesetz am 1. Jan. 1883 seine Anwendung gefunden hat, ist nur unter der Bedingung, daß er an der Firma, am Geschäftsnamen, keinerlei Aenderung anbringe, zur Fortführung berechtigt. Der Gesetzgeber konnte also sehr wohl, auch mit Bezug auf ein unübertragbares Recht des *einen* Inhabers durch Beisetzung der Worte: „der Firmen" nach „Aenderung" diese Bedingung recht prägnant hervorheben.

Wünschenswerth wäre es allerdings, daß die Protokolle der gesetzgebenden Behörden über das leitende Motiv, aus welchem

Digitized by Google

gegenüber der bundesräthlichen und ersten ständeräthlichen Fassung die fragliche, von der nationalräthlichen Kommission vorgeschlagene und vom Nationalrath am 4. März 1881 adoptirte Einschaltung in das Gesetz aufgenommen wurde, Aufschluß ertheilen würden. Man sucht aber vergeblich darnach. (Fortsetzung folgt.)

Zur bernischen Justizreform.

I. Verhandlungen des bern. Juristenvereins

vom 26. Oktober 1883.

Nach Erledigung einiger geschäftlicher Traktanden ging die Versammlung zur Behandlung des Hauptgegenstandes: Justizreform und ihr Verhältniß zur Verfassungsrevision, über. Der Boden zur Diskussion war durch drei in neuester Zeit erschienene Schriften geebnet: diejenigen von Fürsprech Müller, Oberrichter Züricher und Professor Stooß (letztere in der Zeitschrift des bern. Juristenvereins erschienen, Heft 3 l. J.). Als Referent bot Hr. Fürsprech Alex. Reichel eine erschöpfende Darstellung der verschiedenen Forderungen, welche an eine richtige Organisation der Gerichte in unserm Kanton zu stellen sind und erörterte die Frage, was sowohl in dieser Beziehung, als hinsichtlich des prozessualischen Verfahrens, in eine neue Verfassung aufzunehmen wäre. Er fordert juristisch gebildete Richter, die nur nach Erlangung eines Fähigkeitsausweises wählbar wären, für die Stellen der Oberrichter, Bezirksrichter und Amtsgerichtspräsidenten. Die Volkswahlen hält er für unzweckmäßig; die Befähigung allein müsse entscheiden. Dagegen erblickt er in der Unabsetzbarkeit (Lebenslänglichkeit) der Richter keine wünschenswerthe Einrichtung, obschon sie im demokratischen Amerika besteht.

Was das Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten betrifft, so hält er die modifizirte Mündlichkeit des deutschen Prozesses von 1878 für das richtigste System, während unser jetziges Verfahren trotz der Verfassung so gut als ein schriftliches bezeichnet werden kann,

Digitized by Google

wie das Strafverfahren der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. eines war: die Schlußverhandlung, resp. die Plaidoyers am Abspruchstermin hält er nach seiner Erfahrung für eine leere Form. (Hierin können wir ihm nicht beistimmen.) Schwierigkeiten bietet das Rechtsmittel-System. Soll der ganze Prozeß in der Appellationsinstanz nochmals durchgeführt werden, wie Oberrichter Moser wollte? Oder soll man sich mit einer obergerichtlichen Verhandlung auf Grund der geschriebenen Akten (Protokolle u. s. w.) begnügen, wie es faktisch in Deutschland der Fall ist? Oder soll man sich mit einer bloßen Nachprüfung der Rechtsfrage durch das Obergericht begnügen, (sog. revisio in jure), wie sie dem Bundesgericht gegenüber den Urtheilen der kantonalen Obergerichte im Wesentlichen zusteht (System Müller)?

Ein Mittelsystem hatte die s. Z. für die Begutachtung der Moser'schen Entwürfe niedergesetzte Kommission aufgestellt, welchem Reichel viele Vorzüge zuschreibt. Von den Arbeiten dieser Kommission ist s. Z. ein Bericht betreffend die Gerichtsorganisation (Verfasser Hr. Professor Stooß) gedruckt und in den juristischen Kreisen verbreitet worden; heute wird derselbe als eine neue Entdeckung behandelt und allgemein belobt; allein Niemand wollte ein Exemplar erhalten haben. — Jedenfalls müßte bei Annahme des Müllerschen Systems den Parteien ein weitgehender Einfluß auf die Feststellung des Thatbestandes im Urtheil eingeräumt werden, wie Hr. Reichel ganz richtig hervorhob.

Bei der noch vielfach mangelnden Abklärung dieser Fragen will Referent in die Verfassung — nach dem Beispiel Zürich's und Genf's — nur den Einen Satz aufnehmen: „Zahl und Organisation der Gerichte bleibt der Gesetzgebung überlassen." Die Fragen des Verfahrens will er ganz mit Stillschweigen übergehen, weil die gegenwärtige Verfassung zeigt, wie leicht allgemeine Garantien (z. B. die der Mündlichkeit) zur leeren Phrase herabsinken. — Persönlich erklärt er sich mit dem Organisatonsentwurf der erwähnten Kommission einverstanden. — Wenn wir recht verstanden haben, will er die Frage der Wahlart und Wahlfähigkeit der Richter, sowie die prinzipielle Beibehaltung der Jury in die Verfassung aufgenommen wissen. — Eine

Digitized by Google

besondere Beachtung widmete der Referent auch der Administrativjustiz, für welche er aparte Behörden aufstellen will: ein Dreierkollegium als erste, ein Fünferkollegium als zweite Instanz; ersteres zusammengesetzt aus Regierungsstatthalter und Gerichtspräsident des Amtsbezirks nebst einem Mitglied des (höhern) Bezirksgerichts; die obere Behörde bestünde aus dem Regierungspräsidenten als Vorsitzendem, 2 Mitgliedern des Regierungsraths, worunter jeweilen dasjenige, in dessen Geschäftskreis der Streitfall gehört, und 2 Mitgliedern des Obergerichts.

Als Korreferent stellt sich Fürsprech F. Hofer mehr auf den praktischen Boden und gibt zunächst einen Ueberblick der bisherigen Arbeiten auf diesem Gebiet im Kanton Bern, beginnend mit dem Moser-Leuenberger'schen Referat von 1870. Es folgten die Moser'schen Entwürfe und deren Besprechung im juristischen Verein 1878 auf Grund der Zeerleder'schen Darlegung, die Ernennung der Begutachtungskommission, deren Ausschuß an Erfüllung ihrer Aufgabe durch die Unthätigkeit des nunmehrigen Hrn. Bundesgerichtsschreiber Rott verhindert wurde, der es übernommen hatte, den Bericht über den Prozeß-Entwurf als Seitenstück zum Stooß'schen Bericht über die Gerichtsorganisation abzufassen und sich durch seine Stellung bisher verhindert sah, seinem Versprechen nachzukommen.

Auch Hr. Hofer stellt sich punkto Organisation ganz auf den Boden jenes Kommissionsberichts, der gegenüber den Moser'schen Vorschlägen viele Verbesserungen und Vereinfachungen aufweist, und den er auch den speziellen Ideen Müller's und Züricher's vorzieht. Insbesondere will er das Amtsgericht nicht mit Civilsachen im engern Sinn belasten, weil dadurch die Raschheit des Rechtsgangs gehemmt wird. Kleinere Civilstreitigkeiten sollen vom Gerichtspräsidenten erledigt, größere an's Bezirksgericht gewiesen werden.

Hr. Hofer adoptirt hinsichtlich der Gerichtsorganisation die Ideen des Stooß'schen Berichts von 1881 und des Aufsatzes vom Nämlichen in der Zeitschrift. Wir wollen hier das bezügliche Schema abdrucken:

„1. Der Gerichtspräsident (unter Reduktion der Zahl der Amtsbezirke auf etwa 20) beurtheilt als Einzelrichter endlich:

Digitized by Google

Vermögensrechtliche Streitigkeiten, deren Gegenstand den Werth von Fr. 35[1]) nicht übersteigt. In Strafsachen verbleiben ihm die bisherigen Funktionen.

2. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte als Civilgerichte wird auf Ehescheidungs-, Vormundschafts- und Paternitätssachen eingeschränkt. Als Strafgerichte behalten sie die Jurisdiktion für korrektionelle Sachen.

3. Die Bezirksgerichte (bestehend aus 5 ständigen, rechtskundigen Richtern für je einen Schwurgerichtsbezirk) urtheilen:

1) als dreigliedrige Civilkammer a. endlich über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Werthe von Fr. 350 bis 1000; b. unter Vorbehalt der Weiterszieh ung über Streitsachen von höherm Werth;
2) als Strafkammer (Anklagekammer) über die Versetzung in Anklagezustand.

4. Das Obergericht entscheidet in der Besetzung von 5 Mitgliedern als zweite Instanz in Civil- und Strafsachen. Zwei weitere Mitglieder des Obergerichts und ein Bezirksrichter bilden die Kriminalkammer (Assisenhof). Die Anklage- und Polizeikammer des Obergerichts wird aufgehoben.

Für die schwersten Verbrechen sind Schwurgerichte beizubehalten. Die Anklage vor den Assisen führt der Oberstaatsanwalt oder sein Substitut. Die Bezirksstaatsanwälte versehen den Dienst bei den Bezirks- und Amtsgerichten."

Hieran möchte Hr. Hofer nun mit Rücksicht auf den Mangel an Juristen und die Reduktion der Kosten die Abänderung treffen, daß der Personalbestand der Bezirksgerichte auf 4 Mitglieder reduzirt würde; dagegen wollen ihm die ambulanten Oberrichter, welche nach Züricher als Delegirte die Bezirksgerichte zu bilden hätten, nicht gefallen. Die Inkonvenienzen, welche mit derartigem öftern Ortswechsel der Beamten, die doch auch irgendwo daheim sein müssen, verbunden sind, sprechen auch gegen die vielfach empfohlene Personal-Union der Gerichtspräsidentenstellen benachbarter Amtsbezirke.

Digitized by Google

In Betreff der Rechtsmittelfrage hält er an der Appellation fest, schon im Interesse des materiellen Rechts, welches verlangt, daß ein in erster Instanz übel eingeleiteter Prozeß an eine besser unterrichtete Behörde gezogen werden könne, wobei auch neue Thatsachen zulässig sind. Dem steht das Mündlichkeitsprinzip nicht im Wege, da schon für die untere Instanz die schriftliche Aufzeichnung des wichtigern Prozeßstoffs nicht zu umgehen ist; man darf eben Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung nicht verwechseln. -- Schließlich glaubt auch Hr. Hofer, es sollen nur die allgemeinsten Grundsätze in die Verfassung aufgenommen, Gerichtsorganisation und Prozeßverfahren aber auf Grundlage der Vorarbeiten weiter studirt und s. Z. durch die Gesetzgebung geregelt werden.

Herr Nationalrath Brunner hat geringes Vertrauen in die Durchführbarkeit der geplanten Reformen, wegen der Kosten einerseits und dem Mangel an Personal andrerseits. Wo soll man wirklich rechtskundige Männer zur Besetzung all der Richter- und Gerichtsschreiberstellen hernehmen, deren es zur Durchführung eines raschen, mündlichen Verfahrens bedarf? Als man im Jahr 1846 „Bezirksgerichte" vorschlug, wollte man die Amtsgerichte beseitigen. Nur auf diesem Wege und durch Abschaffung aller Rechtsmittel gelangt man zu einer ähnlichen Vereinfachung. Appellation wie bloße Revision sind gleich verwerflich; mit letzterer macht das Bundesgericht durchaus nachtheilige Erfahrungen; That- und Rechtsfrage lassen sich im Civilprozeß selten gänzlich trennen. Ein seiner Stellung gewachsenes Richterpersonal ist, was wir vor Allem bedürfen. Er empfiehlt, die Gesetzgebung nicht durch Verfassungsparagraphen zu binden, sondern die Einzelfragen ferner im Juristenverein zu berathen.

Hr. Fürsprech Ritschard glaubt dagegen, bei der durch die Revisionsbewegung geschaffenen wärmeren Theilnahme des Volkes an diesen Fragen sei der Anlaß geboten, die gewünschten Reformen zu sichern, während sonst später das Referendum allerlei Bedenken an die Oberfläche treiben und das Beharrungsvermögen die Oberhand erhalten dürfte. Auch habe das Volk ein Recht darauf, daß gewisse Hauptgrundsätze schon jetzt fest-

Digitized by Google

gestellt werden. Dahin rechnet er insbesondere Garantieen betreffend Qualifikation der Richter (Fähigkeitszeugnisse). Was die befürchtete Kostenvermehrung betrifft, so wird auf bezügliche Berechnungen von Oberrichter Moser in einem Aufsatze der Zeitschrift des Juristenvereins *) verwiesen, wonach dieselbe nicht schwer in's Gewicht fällt.

Hr. Fürsprech Müller stellt fest, daß der Streit sich um folgende Fragen dreht:

1. Gehört etwas in die Verfassung? Er glaubt diese Frage bejahen zu müssen, weil die Verfassung die Organisation der Staatsbehörden in ihren Grundzügen enthalten soll und dahin auch die Organisation der richterlichen Gewalt gehört. Zur Organisation gehört auch die Wahlart und die Wahlfähigkeit der Gerichtspersonen. Ferner kann das allseitig gewünschte neue Institut der Bezirksgerichte nur auf den Wogen einer Bewegung, wie die gegenwärtige, zum sichern Port gelangen. Auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht gehört als Richtschnur der Gesetzgebung in das konstitutive Grundgesetz.

2. Die zweite Frage ist die, wie soll der Grundsatz der Mündlichkeit durchgeführt werden? Jedenfalls nicht so, daß (wie Hr. Züricher zu glauben scheint) vom ganzen Prozeß bis zum Urtheil gar nichts geschrieben werden dürfte. Im Gegentheil ist er für einen vorbereitenden Schriftenwechsel zur Orientirung der Parteien, aber ohne Aktenzirkulation beim Gericht. Für komplizirte Fälle kann ausnahmsweise schriftliches Verfahren oder sog. Referentenaudienz (wie in Zürich) zugelassen werden.

3. Endlich handelt es sich um die Beibehaltung oder Beseitigung der Amtsgerichte. Er hält die Schonung dieses Instituts für ein Gebot der Klugheit, für eine Konzession an die öffentliche Meinung, will sie indessen auf drei Mitglieder mit Einschluß des Präsidenten reduziren.

Damit war die Diskussion im Wesentlichen geschlossen; der Präsident, Hr. Regierungsrath Eggli, präzisirte noch seinen persönlichen Standpunkt dahin, daß er in die Verfassung lediglich

*) Bd. 14, S. 321 ff.

Digitized by Google

In Betreff der Rechtsmittelfrage hält er an der Appellation fest, schon im Interesse des materiellen Rechts, welches verlangt, daß ein in erster Instanz übel eingeleiteter Prozeß an eine besser unterrichtete Behörde gezogen werden könne, wobei auch neue Thatsachen zulässig sind. Dem steht das Mündlichkeitsprinzip nicht im Wege, da schon für die untere Instanz die schriftliche Aufzeichnung des wichtigern Prozeßstoffs nicht zu umgehen ist; man darf eben Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung nicht verwechseln. -- Schließlich glaubt auch Hr. Hofer, es sollen nur die allgemeinsten Grundsätze in die Verfassung aufgenommen, Gerichtsorganisation und Prozeßverfahren aber auf Grundlage der Vorarbeiten weiter studirt und s. Z. durch die Gesetzgebung geregelt werden.

Herr Nationalrath Brunner hat geringes Vertrauen in die Durchführbarkeit der geplanten Reformen, wegen der Kosten einerseits und dem Mangel an Personal andrerseits. Wo soll man wirklich rechtskundige Männer zur Besetzung all der Richter- und Gerichtsschreiberstellen hernehmen, deren es zur Durchführung eines raschen, mündlichen Verfahrens bedarf? Als man im Jahr 1846 „Bezirksgerichte" vorschlug, wollte man die Amtsgerichte beseitigen. Nur auf diesem Wege und durch Abschaffung aller Rechtsmittel gelangt man zu einer ähnlichen Vereinfachung. Appellation wie bloße Revision sind gleich verwerflich; mit letzterer macht das Bundesgericht durchaus nachtheilige Erfahrungen; That- und Rechtsfrage lassen sich im Civilprozeß selten gänzlich trennen. Ein seiner Stellung gewachsenes Richterpersonal ist, was wir vor Allem bedürfen. Er empfiehlt, die Gesetzgebung nicht durch Verfassungsparagraphen zu binden, sondern die Einzelfragen ferner im Juristenverein zu berathen.

Hr. Fürsprech Ritschard glaubt dagegen, bei der durch die Revisionsbewegung geschaffenen wärmeren Theilnahme des Volkes an diesen Fragen sei der Anlaß geboten, die gewünschten Reformen zu sichern, während sonst später das Referendum allerlei Bedenken an die Oberfläche treiben und das Beharrungsvermögen die Oberhand erhalten dürfte. Auch habe das Volk ein Recht darauf, daß gewisse Hauptgrundsätze schon jetzt fest-

Digitized by Google

gestellt werden. Dahin rechnet er insbesondere Garantieen betreffend Qualifikation der Richter (Fähigkeitszeugnisse). Was die befürchtete Kostenvermehrung betrifft, so wird auf bezügliche Berechnungen von Oberrichter Moser in einem Aufsatze der Zeitschrift des Juristenvereins *) verwiesen, wonach dieselbe nicht schwer in's Gewicht fällt.

Hr. Fürsprech Müller stellt fest, daß der Streit sich um folgende Fragen dreht:

1. Gehört etwas in die Verfassung? Er glaubt diese Frage bejahen zu müssen, weil die Verfassung die Organisation der Staatsbehörden in ihren Grundzügen enthalten soll und dahin auch die Organisation der richterlichen Gewalt gehört. Zur Organisation gehört auch die Wahlart und die Wahlfähigkeit der Gerichtspersonen. Ferner kann das allseitig gewünschte neue Institut der Bezirksgerichte nur auf den Wogen einer Bewegung, wie die gegenwärtige, zum sichern Port gelangen. Auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht gehört als Richtschnur der Gesetzgebung in das konstitutive Grundgesetz.

2. Die zweite Frage ist die, wie soll der Grundsatz der Mündlichkeit durchgeführt werden? Jedenfalls nicht so, daß (wie Hr. Züricher zu glauben scheint) vom ganzen Prozeß bis zum Urtheil gar nichts geschrieben werden dürfte. Im Gegentheil ist er für einen vorbereitenden Schriftenwechsel zur Orientirung der Parteien, aber ohne Aktenzirkulation beim Gericht. Für komplizirte Fälle kann ausnahmsweise schriftliches Verfahren oder sog. Referentenaudienz (wie in Zürich) zugelassen werden.

3. Endlich handelt es sich um die Beibehaltung oder Beseitigung der Amtsgerichte. Er hält die Schonung dieses Instituts für ein Gebot der Klugheit, für eine Konzession an die öffentliche Meinung, will sie indessen auf drei Mitglieder mit Einschluß des Präsidenten reduziren.

Damit war die Diskussion im Wesentlichen geschlossen; der Präsident, Hr. Regierungsrath Eggli, präzisirte noch seinen persönlichen Standpunkt dahin, daß er in die Verfassung lediglich

*) Bd. 14, S. 321 ff.

Digitized by Google

den Satz der Zürcher Verfassung aufnehmen möchte: „Das Gesetz bestimmt die Zahl, die Organisation, die Kompetenz und das Verfahren der Gerichte."

Hierauf wurden auf Antrag von Professor Zeerleder folgende zwei Resolutionen mit Mehrheit zum Beschluß erhoben:

I. Eingabe an den Verfassungsrath. Derselbe möge im Sinne der Postulate Müller folgende Grundsätze in der Verfassung niederlegen:

1. Für die gerichtlichen Verhandlungen wird der Grundsatz der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der ganzen Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte aufgestellt;

2. für das ganze Staatsgebiet werden ein Obergericht, fünf Bezirksgerichte und Amtsgerichte eingesetzt;

3. Verbrechen, politische Vergehen, und Preßdelikte, welche keinen rein privaten Charakter haben, werden durch Geschwornengerichte beurtheilt.

4. Die nähere Organisation dieser Gerichte und das vor denselben zu beobachtende Verfahren bestimmt das Gesetz. Das Gesetz betreffend Einführung der Bezirksgerichte und Unmittelbarkeit der ganzen Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte muß binnen sechs Jahren dem Volke vorgelegt werden.

II. Ansuchen an die Justizdirektion um Reaktivirung der im Jahr 1878 niedergesetzten Kommission.

III. Verhandlungen der Verfassungskommission.

(Nach dem von Fürsprech E. Matthys geführten amtlichen Protokoll.)

Vormittagssitzung vom 9. November 1883.

Tagesordnung:

IV. Die Gerichtsbehörden.

Herr Fürsprecher Müller referirt über die Eingaben.

Herr Regierungsrath Eggli, als erster Votant, stellt folgende Anträge:

Digitized by Google

1) Das Gesetz bestimmt die Zahl, die Organisation, die Kompetenz und das Verfahren der Gerichte.

   Für die Wahlart der Gerichte ist in den Uebergangsbestimmungen Vorsorge zu treffen.

2) Eventuell: Es werden 3 Bezirksgerichte eingeführt.

   Die Amtsgerichte werden beibehalten.

3) Verbrechen und politische Vergehen, ebenso Preßvergehen, wenn ein Beklagter es verlangt, werden durch Geschwornengerichte beurtheilt.

4) Für die gerichtlichen Verhandlungen wird der Grundsatz der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte aufgestellt.

   Nur ausnahmsweise, wenn die Sittlichkeit es gebietet, dürfen die Verhandlungen auf den vorausgegangenen Beschluß des Gerichtes hin bei verschlossener Thüre geführt werden.

   Alle Urtheile sollen motivirt werden.

5) Die Schuldbetreibung soll an Beamte übertragen werden. Das Nähere bestimmt das Gesetz.

6) Die Einrichtung der friedensrichterlichen Vermittlung ist so zu treffen, daß sie ihrem Zweck, möglichste Verhütung von Civilrechtsstreitigkeiten durch friedliche Verständigung, entspricht.

Zu Begründung seiner Anträge bringt Herr Eggli an:

Schon seit Jahren verlange man allgemein eine Verbesserung unseres Prozeßverfahrens; man verlange Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens und ebenso eine möglichst rasche und billige, aber auch gerechte Justiz. Dieß Alles glaube man erreichen zu können durch Einführung von Bezirksgerichten für Streitsachen von mittlerem Werthe. Um die

Digitized by Google

Zahl dieser Gerichte zu bestimmen, forsche man am Besten nach der Geschäftslast, welche sie zu tragen hätten. In den fünf Jahren 1877—1881 seien beim Appellationshofe 1520 Geschäfte eingelangt, per Jahr durchschnittlich 304. Von dieser Zahl seien einige abzuziehen, welche auch in Zukunft den Amtsgerichten verbleiben würden, so daß circa 250 Geschäfte per Jahr von den Bezirksgerichten zu erledigen wären. Nehme man für jeden Geschwornenbezirks ein neues Gericht an, also zusammen fünf, so hätte jedes Bezirksgericht im Jahr durchschnittlich 55—60, vier Gerichte 70—75 und drei Gerichte endlich etwa 90 Geschäfte zu bewältigen. Die letzte Zahl wäre gerade passend für ein Gericht, welches sich daneben auch mit Strafgeschäften zu befassen hätte. Daher würden ein Bezirksgericht für den Jura, und zwei, höchstens drei, für den alten Kantonstheil genügen. Votant glaubt, drei Bezirksgerichte für den ganzen Kanton dürften auch hinreichen.

In den Amtsbezirken sollte man die Amtsgerichte und die Gerichtspräsidenten belassen ungefähr wie jetzt. Doch sollte die Kompetenz des Präsidenten in Civilsachen auf Fr. 300 erhöht werden. Polizeiübertretungen würde er in allen Fällen beurtheilen, in denen nur Geldbuße angedroht sei. Für wichtigere Polizeiübertretungen, auf denen längere Gefangenschaft stehe, seien dem Präsidenten 2 Amtsrichter beizuordnen. Von diesem Gerichte sollte für eine Verurtheilung Einstimmigkeit verlangt, dagegen die Appellation von seinem Urtheile ausgeschlossen werden. Endlich hätte der Gerichtspräsident die Untersuchung in allen Strafsachen zu führen. Die Amtsgerichte hätte Vormundschafts-, Ehe- und Paternitätssachen ꝛc. und die Straffälle zu beurtheilen, welche nicht vor die Assisen gehörten.

Die Bezirksgerichte endlich hätten in Civilgeschäften eine Kompetenz von Fr. 300—1000. Daneben sollten sie als Anklagekammer funktioniren und je ein Mitglied an die Kriminalkammer delegiren. Natürlich dürfte das betreffende Mitglied im jeweiligen Falle nicht in der Anklagekammer mitgewirkt haben.

Die Kriminalkammer sollte aus zwei Oberrichtern und einem Bezirksrichter bestehen. Zur Vermeidung größerer Kosten sollte

Digitized by Google

das Rekusationsverfahren künftig vor der Einberufung der Geschwornen Platz greifen.

Das Obergericht müsse bleiben; ein Staat ohne solches sei nicht denkbar, schon der einheitlichen Urtheilsprechung wegen. Doch könnte die Zahl seiner Mitglieder vermindert werden. Sieben Oberrichter, zwei für die Kriminal- und fünf für die Civilgerichtsbarkeit dürften genügen. Eine weitere Reduktion sei aber nicht möglich, da das Kollegium der obern Instanz zahlreicher sein müsse, als das der untern und die Bezirksgerichte drei, höchstens vier Mitglieder zählen sollten.

Die einzelnen Gerichte seien aber nicht in die Verfassung aufzunehmen, sondern an die Gesetzgebung zu verweisen, welche Prozeß- und Gerichtsorganisation mit einander neu zu behandeln habe.

Eventuell müßte Votant für die Bezirksrichter Rechtskunde verlangen, über welche sich diese durch eine Prüfung, ungefähr wie sie jetzt für die Fürsprecher verlangt werde, auszuweisen hätten. Alle Richterbeamten, mit Ausnahme der Amtsrichter, seien durch den Großen Rath zu wählen.

Die Geschwornengerichte seien beizubehalten für Verbrechen, politische Vergehen und auch für Preßvergehen, wie in Zürich, nämlich für die Fälle, in welchen ein Beklagter es verlange.

Die Rechtsprechung solle zwar öffentlich sein, doch dürfte sich bei der Unmittelbarkeit des Verfahrens die geheime Berathung und Urtheilsfindung empfehlen, sobald nur die Verhandlung selbst öffentlich sei.

Die friedensrichterlichen Verhandlungen sollten einzig auf den Sühneversuch beschränkt werden, mit Ausschluß aller Jurisdiktion. Für die Kompetenzverhandlungen vor den Gerichtspräsidenten sollten keine Bestimmungen über den Vermittlungsversuch aufgestellt werden. Der Aussöhnungsversuch sei im Allgemeinen beizubehalten. Für dessen Leitung sei in jedem Bezirk eine Vertrauensperson zu bezeichnen, vor welcher die Parteien persönlich und ohne Assistenz zu erscheinen hätten. Bei Distanzgeschäften und bei Erbschaftsstreitigkeiten unter weit von einander entfernt wohnenden Parteien habe keine friedensrichterliche Ver-

Digitized by Google

handlung stattzufinden, da in diesen Fällen anzunehmen sei, es seien hinlänglich Versuche gemacht worden, die Betheiligten zu verständigen.

Die Schuldbetreibung sei besondern Beamten zu übertragen. Patentirte Berufsleute sollten sich damit nicht befassen. Es komme vielfach Sportelnreiterei vor; doch am gefährlichsten sei es, daß jetzt viele nicht patentirte Personen, für welche keine Kontrolle und keine Moderation bestehen, Betreibungen besorgen.

Der Staat müsse auch in Zukunft wie bisher die Schiedsgerichte dadurch schützen, daß er ihre Urtheile wie andere vollziehe; das Verlangen nach obligatorischen Schiedsgerichten dagegen leide an einem innern Widerspruche.

Die Behandlung der Administrativjustiz beantragt Votant zu verschieben. Dies wird beschlossen.

Unter Bezugnahme auf seine im Drucke erschienene und vertheilte Broschüre: „Ueber die Justizreform" stellt Herr Fürsprecher Müller den Antrag, folgende Bestimmungen in die neue Verfassung aufzunehmen:

1. Für die gerichtlichen Verhandlungen wird der Grundsatz der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der ganzen Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte aufgestellt.

2. Für das ganze Staatsgebiet werden ein Obergericht, Bezirksgerichte und Amtsgerichte eingesetzt.

3. Verbrechen, politische Vergehen und Preßdelikte, welche keinen rein privaten Charakter haben, werden durch Geschwornengerichte beurtheilt.

4. Der Erlaß eines neuen Prozesses und einer neuen Gerichtsorganisation wird dringlich erklärt. Alle Details sind dem Gesetze vorbehalten.

Die Gerichtsreform, so führt Herr Müller in Kurzem aus, sei eine der brennendsten Fragen, deren Lösung vom Volke absolut verlangt werde, was sich aus der großen Mehrzahl der Eingaben ergebe. Dafür zeuge auch die stete Vermehrung der

Digitized by Google

Schiedsgerichte. Es zeige dieß deutlich, daß das Volk den Staatsgerichten kein rechtes Zutrauen mehr schenke, daß unser Verfahren und unsere Gerichtsorganisation den Anforderungen des vermehrten Verkehrs, den Anforderungen der Neuzeit nicht entsprächen. Solche Erscheinungen seien wohl zu beachten. Eben diesen Gefühlen entspringen auch verschiedene, etwas sonderbar klingende Verlangen aus des Volkes Mitte, wie der Ruf nach obligatorischen Schiedsgerichten, und Ausschluß der Advokaten u. s. w. Daß Reformen geboten seien, fühle und wisse man allgemein schon seit langen Jahren; darum hätten auch Behörden und der bernische Juristenverein sich stets bestrebt, den richtigen Weg zur Abhülfe zu finden. Diese dringenden Verlangen alle nach Verbesserung dürfe man nicht übersehen, dürfe die Erledigung der Frage nicht einfach an's Gesetz verweisen, sondern man müsse mindestens die als richtig anerkannten Grundsätze in die Verfassung aufnehmen. Genf und Zürich beschränken sich in dieser Hinsicht auf das Allernothwendigste, und ihnen ähnlich seien die daherigen Bestimmungen der Verfassungen von Solothurn, Baselstadt, Thurgau, Wallis und Neuenburg. Alle andern kantonalen Verfassungen enthielten ganz detaillirte Bestimmungen über das Gerichtswesen. Aehnlich wie Zürich und die ihm verwandten Kantone, sollten auch wir im Kanton Bern vorgehen und die Grundzüge der Gerichtsverfassung und des Prozesses in die Verfassung aufnehmen so gut wie man beschlossen habe, die Grundzüge der administrativen Organisation aufzunehmen.

Wolle man aber die neuen Grundsätze durchführen, so müßten unbedingt Bezirksgerichte geschaffen werden, da die bisherigen Amtsgerichte durchaus nicht die nöthige Garantie bieten könnten. Mit den Bezirksgerichten stehe oder falle der ganze Entwurf einer zeitgemäßen, richtigen Ordnung des Gerichtswesens.

Was die Geschäftslast der künftigen Bezirksgerichte anbelange, so sei Votant durchaus nicht mit Herrn Eggli einverstanden.

Die Statistik des Appellationshofes sei nicht maßgebend. Zunächst kämen nicht alle hier in Berücksichtigung zu ziehenden

Digitized by Google

handlung stattzufinden, da in diesen Fällen anzunehmen sei, es seien hinlänglich Versuche gemacht worden, die Betheiligten zu verständigen.

Die Schuldbetreibung sei besondern Beamten zu übertragen. Patentirte Berufsleute sollten sich damit nicht befassen. Es komme vielfach Sportelnreiterei vor; doch am gefährlichsten sei es, daß jetzt viele nicht patentirte Personen, für welche keine Kontrolle und keine Moderation bestehen, Betreibungen besorgen.

Der Staat müsse auch in Zukunft wie bisher die Schiedsgerichte dadurch schützen, daß er ihre Urtheile wie andere vollziehe; das Verlangen nach obligatorischen Schiedsgerichten dagegen leide an einem innern Widerspruche.

Die Behandlung der Administrativjustiz beantragt Votant zu verschieben. Dies wird beschlossen.

Unter Bezugnahme auf seine im Drucke erschienene und vertheilte Broschüre: „Ueber die Justizreform" stellt Herr Fürsprecher Müller den Antrag, folgende Bestimmungen in die neue Verfassung aufzunehmen:

1. Für die gerichtlichen Verhandlungen wird der Grundsatz der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der ganzen Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte aufgestellt.

2. Für das ganze Staatsgebiet werden ein Obergericht, Bezirksgerichte und Amtsgerichte eingesetzt.

3. Verbrechen, politische Vergehen und Preßdelikte, welche keinen rein privaten Charakter haben, werden durch Geschwornengerichte beurtheilt.

4. Der Erlaß eines neuen Prozesses und einer neuen Gerichtsorganisation wird dringlich erklärt. Alle Details sind dem Gesetze vorbehalten.

Die Gerichtsreform, so führt Herr Müller in Kurzem aus, sei eine der brennendsten Fragen, deren Lösung vom Volke absolut verlangt werde, was sich aus der großen Mehrzahl der Eingaben ergebe. Dafür zeuge auch die stete Vermehrung der

Digitized by Google

Schiedsgerichte. Es zeige dieß deutlich, daß das Volk den Staatsgerichten kein rechtes Zutrauen mehr schenke, daß unser Verfahren und unsere Gerichtsorganisation den Anforderungen des vermehrten Verkehrs, den Anforderungen der Neuzeit nicht entsprächen. Solche Erscheinungen seien wohl zu beachten. Eben diesen Gefühlen entspringen auch verschiedene, etwas sonderbar klingende Verlangen aus des Volkes Mitte, wie der Ruf nach obligatorischen Schiedsgerichten, und Ausschluß der Advokaten u. s. w. Daß Reformen geboten seien, fühle und wisse man allgemein schon seit langen Jahren; darum hätten auch Behörden und der bernische Juristenverein sich stets bestrebt, den richtigen Weg zur Abhülfe zu finden. Diese dringenden Verlangen alle nach Verbesserung dürfe man nicht übersehen, dürfe die Erledigung der Frage nicht einfach an's Gesetz verweisen, sondern man müsse mindestens die als richtig anerkannten Grundsätze in die Verfassung aufnehmen. Genf und Zürich beschränken sich in dieser Hinsicht auf das Allernothwendigste, und ihnen ähnlich seien die daherigen Bestimmungen der Verfassungen von Solothurn, Baselstadt, Thurgau, Wallis und Neuenburg. Alle andern kantonalen Verfassungen enthielten ganz detaillirte Bestimmungen über das Gerichtswesen. Aehnlich wie Zürich und die ihm verwandten Kantone, sollten auch wir im Kanton Bern vorgehen und die Grundzüge der Gerichtsverfassung und des Prozesses in die Verfassung aufnehmen so gut wie man beschlossen habe, die Grundzüge der administrativen Organisation aufzunehmen.

Wolle man aber die neuen Grundsätze durchführen, so müßten unbedingt Bezirksgerichte geschaffen werden, da die bisherigen Amtsgerichte durchaus nicht die nöthige Garantie bieten könnten. Mit den Bezirksgerichten stehe oder falle der ganze Entwurf einer zeitgemäßen, richtigen Ordnung des Gerichtswesens.

Was die Geschäftslast der künftigen Bezirksgerichte anbelange, so sei Votant durchaus nicht mit Herrn Eggli einverstanden.

Die Statistik des Appellationshofes sei nicht maßgebend. Zunächst kämen nicht alle hier in Berücksichtigung zu ziehenden

Digitized by Google

Geschäfte bis vor den Appellhof, da viele durch Abstand oder Vergleich erledigt würden. Zudem sei sicher anzunehmen, daß bei einem bessern, sicherern und raschern Verfahren die Zahl der zu beurtheilenden Geschäfte sich auch vermehren würde. Mit dem Geschäftsgang des Appellationshofes könne überhaupt nicht exemplifizirt werden, da vor diesem keine eigentlichen Verhandlungen stattfänden, wie dieß vor den Bezirksgerichten der Fall sein werde.

Die Bezirksgerichte habe man schon 1831 berührt, 1846 sei ihre Einführung beinahe durchgedrungen, heute sei diese Frage endlich spruchreif.

Herr Fürsprecher Brunner glaubt, die Achillesferse unserer gegenwärtigen Rechtszustände bilden die unfähigen Richter der ersten Instanz, ihre Unkenntniß des Gesetzes und ihr Mangel an juristischem Verständnisse. Daher sollte man größere Bezirke schaffen und diesen gebildetere Richter geben. Besonders die unmittelbare Verhandlung verlange schlagfertige, in jeder Hinsicht tüchtige Richter. Die nöthigen Leute werde man finden, sobald man die Richterstellen besser besolde. Ohne stärkere Belastung der Staatsfinanzen könne dieß geschehen durch Verringerung des Richterpersonals. Eine sofortige durchgehende Aenderung in dieser Hinsicht sei aber kaum möglich und deßhalb sollte die Verfassung besser darüber gar nichts sagen, indem in dieselbe nur aufzunehmen sei, was sofort durchgeführt werden könne. — Einen Ausweg böte das Zusammenlegen verschiedener Amtsbezirke; allein ein derartiger Versuch dürfte scheitern an den materiellen Interessengruppen, die sich um jeden Bezirkshauptort gebildet hätten, und sodann an dem Umstand, daß die Rechtsuchenden nicht noch weiter als bis jetzt gehen wollten, um zum Richter zu kommen. Dagegen sei die Personalunion einzuführen, wonach ein Gerichtspräsident für verschiedene benachbarte Bezirke erwählt werde. Nach seiner Wahl hätte er sein Domizil am größern Bezirkshauptorte oder da, wo die größere Geschäftslast wäre. Einige Tage per Woche würde er sich nach dem andern Gerichtsort begeben. Dieß würde zu einer bedeutenden Reduktion des Richterpersonals führen und man könnte dafür die Richter besser be-

Digitized by Google

zahlen. Dann fänden sich auch tüchtigere Kräfte als bis jetzt, solche Stellen zu übernehmen. Wenn dieses System sich bewähre, so werde man mit der Zeit von selbst auf die Bezirksgerichte kommen. In die Verfassung solle aber für jetzt noch keine dahinzielende Bestimmung aufgenommen werden.

Herr Regierungsrath Gobat glaubt, die verschiedenen Ansichten der drei ersten Votanten zeigen deutlich, daß man sich in dieser Frage nicht durch die Verfassung die Hände binden lassen dürfte. Grundsätze wie Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gehörten eigentlich nicht in die Verfassung, und doch sollte man sie aufnehmen, damit der Gesetzgeber, der im Allgemeinen im Kanton Bern etwas langsam arbeite, stetsfort an seine Pflicht erinnert werde. Statt zwei Gerichte neben einander aufzustellen, würde Votant lieber die Kompetenzen anders vertheilen. Er beantragt Postulat 2 der Müller'schen Anträge abzuändern wie folgt:

Für das ganze Staatsgebiet werden ein Obergericht und Untergerichte (inkl. Gerichtspräsident) aufgestellt.

Von anderer Seite wird davor gewarnt, zu viel in die Verfassung aufzunehmen (Herr Willi); lieber wolle man diese Frage als noch zu wenig abgeklärt bis zur zweiten Berathung zurücklegen (Herr Salvisberg).

Das Advokatenexamen sei nur für die Bezirksrichter, nicht aber auch die Amtsrichter und Gerichtspräsidenten zu verlangen. Letztere sollten bloß wie bisher rechtskundige Männer sein, die vom Volke direkt zu wählen seien. Die Personalunion sei nicht anzustreben, da das Wandern des Richters unverträglich sei mit der Würde des Amtes (Herr Willi). Andererseits wird Aufnahme der gewerblichen Schiedsgerichte (Prudhommes) in die Verfassung verlangt (Herr Joliissaint).

Herr Schär beantragt, die Verhandlungen vor dem Friedensrichter obligatorisch zu erklären, dessen Kompetenz auf Fr. 100 festzusetzen und die Anwälte von den daherigen Verhandlungen auszuschließen. Er möchte die Amtsgerichte fallen lassen, fürchtet aber, wie auch Herr Joliissaint, es könnte ein solches Vorgehen

Digitized by Google

die ganze neue Verfassung gefährden. Herr Elsässer verlangt für die Bezirksrichter besondere Richterexamen, damit das neue Institut nicht etwa zu einer Versorgungsanstalt für unfähige Juristen werde.

Abstimmung.

Eventuell für Antrag Gobat betreffend Abänderung des Müller'schen Postulates Nr. 2 6 Stimmen.
Dagegen . . . . . Große Mehrheit.
Eventuell für Zusatzantrag des Herrn Jolissaint . . . . . 17 Stimmen.
Dagegen . . . . . Minderheit.
Für Antrag Eggli (Verweisung an Gesetzgebung) . . . . . 14 Stimmen.
Für Antrag Müller . . . . . 12 „
Antrag Müller N. 1 wird einstimmig angenommen.

Geschwornengerichte.

Für Antrag Eggli (Zürcherverfassung) . 7 Stimmen.
Für Antrag Müller . . . . . Große Mehrheit.

Friedensrichter.

Der Antrag des Herrn Eggli wird nicht bestritten.
Für Zusatzantrag der Herrn Schär betreffend Kompetenz . . . . . 7 Stimmen.
Dagegen . . . . . Mehrheit.
Für Zusatzantrag des Herrn Schär betreffend Ausschluß der Anwälte . . . . . Große Mehrheit.
Für Einführung besonderer Betreibungsbeamten . . . . . „ „

Nachmittagssitzung vom 9. November 1883.

Tagesordnung:

IV. Die Gerichtsbehörden.

5. a. Administrativjustiz.

Herr Regierungsrath Eggli, als erster Votant, stellt den Antrag, folgende Bestimmung in die Verfassung aufzunehmen:

Digitized by Google

Die Gesetzgebung wird für die Organisation einer selbstständigen Verwaltungs-Gerichtsbarkeit Sorge tragen und Vorschriften über das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten aufstellen.

In Begründung dieses Antrages führt Votant an: Hinsichtlich Beurtheilung von Ansprüchen des Staates an den einzelnen Bürger habe man 1846 unterschieden zwischen reinen und gemischten Verwaltungsstreitigkeiten; jene habe man den administrativen Behörden anvertrauen, diese aber an die Gerichte verweisen wollen. Endlich habe man sich auf den jetzigen Artikel 42 der Verfassuug geeinigt, der nur von reinen Verwaltungsstreitigkeiten spreche. In der Gesetzgebung (Gesetz von 1854, Gesetze über Steuerwesen, Entsumpfungen, Gemeindesteuern ꝛc.) seien immer mehr Regierungsstatthalter und Regierungsrath als entscheidende Behörden aufgestellt worden. Während früher die Gerichte ängstlich und eifersüchtig auf ihre Kompetenzen gewesen seien, habe sich dieß später, besonders aber in neuester Zeit, ganz geändert. Um auch nicht den Schein von Ungerechtigkeit auf den Staat zu laden, müsse man den jetzigen günstigen Anlaß benutzen, das daherige Verfahren neu zu ordnen. Das gegenwärtige Gesetz sei zu kurz und knapp hinsichtlich Behandlung von Parteien und Zeugen, überhaupt in allen seinen prozessualischen Bestimmungen. Zudem dürfe unbedingt der Regierungsrath nicht mehr länger Kläger und Richter in Einer Person sein.

Der Antrag wird zum Beschluß erhoben.

b. Personalunion hinsichtlich der Regierungsstatthalter und Gerichtspräsidenten.

Herr Sahli, als erster Votant, stellt den Antrag, die Verfassung solle die Bestimmung enthalten:

Die Möglichkeit für eine Personalunion ist in die Verfassung aufzunehmen.

Im Allgemeinen fällt dieser Antrag mit dem heute angenommenen Antrag Eggli zusammen.

Die Versammlung ist einverstanden.

Digitized by Google

Auf Auftrag des Herrn von Steiger wird die Frage über Einsetzung eines Gerichtshofes für Verfassungsverletzungen an die Redaktionskommission zur Berichterstattung gewiesen.

Der Verfassungsentwurf, welcher von der Kommission ein zweites Mal zu berathen ist, würde sonach sub. Tit. II C. Gerichtsbehörden folgende Neuerungen enthalten:

Bisherige Verfassung.	Neue Verfassung.
§ 51. Für die gerichtlichen Verhandlungen wird der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit festgestellt. Nur ausnahmsweise u. s. w.	Für die gerichtlichen Verhandlungen wird der Grundsatz der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der ganzen Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte aufgestellt.
§ 53. Für das ganze Staatsgebiet wird ein Obergericht von höchstens fünfzehn Mitgliedern und vier Ersatzmännern eingesetzt.	Das Gesetz bestimmt die Zahl, die Organisation, die Kompetenz und das Verfahren der Gerichte.
§ 54. Die Mitglieder und Ersatzmänner des Obergerichts werden von dem Großen Rathe erwählt. Ihre Amtsdauer ist acht Jahre. Sie treten abtheilungsweise von vier zu vier Jahren aus.	(Für die Wahlart der Gerichte ist in den Uebergangsbestimmungen Vorsorge zu treffen.)
§ 55. Der Präsident des Obergerichtes wird von dem Großen Rathe aus der Mitte des Gerichtshofes auf die Dauer von vier Jahren erwählt.	
§§ 56—59, welche die Amtsgerichte behandeln, fallen ebenfalls weg.	
§ 61. Die Einrichtung der Friedensrichter wird beibehalten.	Beschränkung der friedensrichterlichen Funktionen auf den Sühneversuch. — Bei dieser Verhandlung sind Anwälte nicht zuzulassen.

Digitized by Google

§ 63. Für Kriminal-, politische und Preßvergehen werden Geschwornengerichte eingesetzt.

Verbrechen, politische Vergehen und Preßdelikte, welche keinen rein privaten Charakter haben, werden durch Geschwornengerichte beurtheilt.

Es sollen Gewerbegerichte eingeführt werden.

Die Schuldbetreibung soll an Beamte übertragen werden.

Die Gesetzgebung wird für die Organisation einer selbstständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit Sorge tragen und Vorschriften über das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten aufstellen.

Die Verfassung soll Möglichkeit der Personalunion der Präsidentenstellen mehrerer Amtsbezirke vorsehen.

Endlich ist die Redaktionskommission beauftragt, die Frage der Einsetzung eines Gerichtshofes für Verfassungsverletzungen zu untersuchen.

Uebersicht der Rechtsprechung des Solothurner Obergerichts im Jahre 1882.

(Schluß.)

Von Oberrichter Dr. Affolter.

11. Die Betreibung auf Entlassung aus der Bürgschaft seitens eines Währschaftsträgers (Nachbürgen) gegen einen Vorbürgen ist nicht statthaft (§ 1360, vergl. jedoch Art. 511 u. 497 des O.-R.).

Der Amtschreiber von Solothurn gelangt an das Obergericht mit Zuschrift vom 10. August 1882 folgenden Inhalts: F. G.

Digitized by Google

von Krauchthal, gewesener Wirth „zum Löwen" in Solothurn, wurde von J. J. in Solothurn für Entlassung aus der Bürgschaft im Betrage von Fr. 47,173, haftend auf Hyp.-Buch Solothurn Nr. 535 betrieben, und unterm 17. Juli 1882 für diesen Betrag vom Amtsgerichte Solothurn Lebern zuerkannt. Unterm gleichen Tage überging nun obige Liegenschaft durch Fertigung auf D. M. von Diemtigen, Kts. Bern. Da der austreibende Bürge, trotzdem der neue Erwerber der Liegenschaft die Schuld übernommen hat, Exekution des Urtheils gegen G. verlangte, wurde angefragt, ob die Exekution noch vorgenommen werden solle.

Das Obergericht entschied, daß die Exekution des Urtheils nicht vorgenommen werden dürfe, da durch die Fertigung das Hyp.-Buch Nr. 535 an D. M. kein direktes Schuldverhältniß des F. G. vorhanden sei, vielmehr Letzterer nur als bloßer Währschaftsträger und J. J. als dessen Nachbürge hafte und somit diesem Letztern ein Recht, Entlassung seiner Verpflichtung zu verlangen, nach § 1360 C.-G.-B. nicht zustehe.

(Entscheid vom 11. August.)

12. Das Wasserschöpfungsrecht (Servitus aquæ hauriendæ) ist keine ständige oder in die Augen fallende Dienstbarkeit und kann somit durch Verjährung nicht erworben werden (§§ 768, 769 u. 774).

(Entscheid vom 24. August.)

13. Eine vom Amtsgerichtspräsidenten angesetzte Frist zur Deponirung einer bestimmten Summe, die Deckung der Zeugen- oder Expertenkosten bezweckend, hat nicht die Wirkung der Präklusion. (§§ 222 u. 270 C.-P.-O.)

F. G. macht gegen J. C. u. Komp. einen Forderungsprozeß geltend, wobei zu verschiedenen Thatsachen der Beweis durch Zeugen angetragen wird. Der Instruktionsrichter verfügte im Beweisdekrete, jede Partei habe zur Deckung der Zeugen- und Expertenkosten bis 18. März 1882 Fr. 100 zu deponiren mit der Androhung, daß nach Ablauf dieser Frist Verzicht auf den daherigen Beweis angenommen werde. Da Kläger diese Summe innert der festgesetzten Frist nicht deponirte, wurde ihm eine weitere Frist bis 25. März gestattet. Da auch diese Frist unbenutzt ver-

Digitized by Google

strich, verfügte der Instruktionsrichter, der vom Kläger angetragene Zeugen- und Sachverständigenbeweis sei als dahingefallen erklärt. — Als nun die Rechtsstreitsache den 15. Mai vor erster Instanz zum Abspruch kommen sollte, erklärte Kläger, er ziehe die Beweisführung durch Zeugen zu den betr. Beweissätzen zurück und übertrage dem Verantworter den Eid. Der Verantworter protestirte gegen diese Eideszuschiebung und das Amtsgericht entschied dahin, die Uebertragung des Eides an den Verantworter sei nicht zulässig, weil der Kläger innert der festgesetzten Frist das fragliche Depositum nicht gemacht habe, der Beweis somit zu den genannten Beweissätzen vollständig abgeschnitten und die Zuschiebung des Eides verspätet erscheine.

Das Obergericht entschied: „Der Instruktionsrichter durfte zwar verfügen, da Kläger das verlangte Depositum innert der ihm hiezu eingeräumten Frist nicht geleistet habe, könne das Zeugenverhör aus fiskalischen Gründen nicht stattfinden; jedoch ist ihm in der Civilprozeßordnung nirgends das Recht eingeräumt, aus dem angegebenen Grunde den Beweis durch Zeugen als absolut abgeschnitten zu erklären. Nach § 222 C.-P.-O. darf ein vorgeschlagenes Beweismittel zurückgezogen werden, wenn der Eid angeboten wird. Nun kann aber nicht bestritten werden, daß zu den betr. Beweissätzen der Beweis durch Zeugen vom Kläger vorgeschlagen war. Es kann ihm also in Hinblick auf die Bestimmung des § 222 C.-P.-O. das Recht nicht abgeschnitten werden, dieses Beweismittel zurückzuziehen und dafür dem Gegner den Eid zu übertragen, sofern dies vor dem Urtheile geschieht (§ 270 C.-P.-O.), was hierorts zutreffend ist."

(Entscheid vom 16. September.)

14. Die Appellationserklärung schlechthin begreift die Appellation wegen offenbarer Gesetzesverletzung (§ 182 C.-P.-O.) nicht in sich.

In der Rechtsstreitsache der K. u. S., Kläger und Appellanten, gegen K. St., entschied das Obergericht auf die Vorfrage: ob in die Appellation einzutreten sei? „In E. die Forderung der Kläger blos Fr. 80. 87 Rp. beträgt, mithin den appellablen Betrag von Fr. 150 (§ 56 C.-P.-O.) nicht erreicht, und nicht nach § 182 C.-P.-O. wegen offenbarer Gesetzesverletzung, also unbedingt die Appellation erklärt worden ist: — es kann in die Appellation nicht eingetreten werden."

(Entscheid vom 27. September.)

Digitized by Google

15. Eine Klage ist erhoben oder angehoben von dem Momente an, in welchem der Kläger die Ausfertigung und Mittheilung an den Verantworter beim Amtsgerichtspräsidenten ausgewirkt hat. (§§ 335 u. 338 der C.-P.-O.)

(Entscheid vom 26. Oktober.)

16. Eine Strafanzeige gegen eine Partei wegen Meineid bewirkt die Sistirung des Civilprozesses nicht. (Vergl. § 263 C.-P.-O.)

(Entscheid vom 26. Oktober.)

17. Die Bezahlung der Kosten des frühern Prozesses bildet die Voraussetzung des Rechtsmittels des neuen Rechtes; der Beweis der Zahlung kann nicht in der Neurechtsklage durch den deferirten Eid geführt werden, weil der Neurechtsbeklagte die Einlassung auf die Klage verweigern kann, bis und solange nicht diese Voraussetzung festgestellt ist. (§§ 193 u. 196 al. 2 C.-P.-O.)

(Entscheid vom 22. November.)

18. Beweislast bei Forderungen aus Schuldurkunden. — Verfuchter Gegenbeweis.

In der Rechtsstreitsache des M. R. in Niederhagenthal (Deutschland) gegen S. G. in Basel hat das Obergericht auf die Frage: ob zu B. S. 7 der Antwort die Beweisführung durch den Eid zu gestatten sei oder nicht?

1. Beweissatz 1 der Klage lautet:

„Lorenz Gröli, Urs Josephs, von Rodersdorf, gewesener Wirth „in Benken, hat unterm 20. Februar 1879 zu Gunsten des Klä„gers eine Handschrift errichtet per Fr. 770, verzinslich zu 5 %. „Als Mitschuldnerin und Bürgin hat sich hierortige Verantwor„terin verpflichtet. Der daherige Schuldschein ist in Niederhagen„thal, Kreis Hünigen im Elsaß, errichtet und daselbst von Schuldner

Digitized by Google

„und Mitschuldnerin, dem Lorenz Gröli und seiner Ehefrau, unter„zeichnet worden."

Als Beweismittel wird die Handschrift vom 20. Juli 1879 produzirt. Dagegen behauptet Verantworterin, daß fragliche Handschrift thatsächlich in Benken unterzeichnet worden sei, wofür sie zuerst den Beweis durch Zeugen erbringen will, in B. S. 20 nachträglich aber dem Gegner den Eid überträgt. Kläger aber bestreitet die Zulässigkeit der Eidesübertragung unter Berufung auf § 266 C.-P.-O.

2. Das Amtsgericht hat die Beweisführung durch den Eid gestattet, mit der Motivirung, die in Beweissatz 1 angebrachte Behauptung, die Handschrift sei in Niederhagenthal unterzeichnet worden, sei eine anticipirte Replik resp. ein Gegenbeweis gegen eine vermuthete Antwortbehauptung. Beweissatz 7 sei der Hauptbeweis und somit fähig, durch den Eid geführt zu werden.

3. Diese Ansicht und der daherige Entscheid des Amtsgerichtes ist nicht richtig. Es gehört zur Begründung einer Klage die Forderung zu beweisen, wie, wann, wo sie entstanden und in welcher Größe. Diese Thatsachen bringt Kläger in Beweissatz 1 an und leistet den Beweis dafür durch eine Urkunde. Kläger ist Beweisführer und wenn er in Beweissatz 1 die urkundlich konstatirte Behauptung aufstellt, die Handschrift sei in Hagenthal unterschrieben worden, so ist dies nach dem Gesagten keine anticipirte Replik. Vielmehr ist die Behauptung des Verantworters, die Handschrift sei in Benken unterschrieben worden, ein Gegenbeweis zu dem vom Kläger geführten Hauptbeweis. Durch Zeugen konnte dieser Beweis geleistet werden, niemals aber durch Uebertragung des Eides, da es den Bestimmungen des § 266 C.-P.-O. widersprechen würde, —

erkannt:

Zu Beweissatz 7 der Antwort ist die Beweisführung durch den Eid nicht gestattet.

(Entscheid vom 23. November.)

19. Die Editionspflicht einer Urkunde ist erst dann begründet, wenn die Prozeßobligation begründet ist, nicht aber schon dann, wenn die Urkunde zur Begründung einer die Einlassung verweigernden Einrede verlangt wird. (§ 227 C.-P.-O.)

Auf die Klage der Kirchgemeinde Starrkirch-Dulliken gegen die Sigristen J. und A. B. betr. Vindikation des sog. Sigristen-

Digitized by Google

landes, erklärte der Anwalt der Verantworter zu Protokoll: „Es wird die Organisation, resp. das Reglement der christkatholischen Kirchgemeinde Starrkirch-Dulliken, der hierortigen Klägerin, sowie die Verfassung der christkatholischen Kirche der Schweiz von der Klägerin in's Recht verlangt. Grund: die hierortigen Verantworter werden mit einer Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Klägerin entgegentreten, zu deren Begründung die genannten Urkunden nothwendig sind."

Diesem Begehren wurde seitens des Instruktionsrichters nicht entsprochen und Verantworter wandte sich beschwerend an das Obergericht. Dieses wies die Beschwerde ab:

„Wenn auch gemeinrechtlicher Grundsatz ist, daß für prozeßführende Parteien die Editionspflicht besteht, und speziell von Seiten des Klägers gegenüber dem Verantworter zur Führung der Gegenbeweises, so wird doch zu dieser Verpflichtuug speziell die Angabe des Rechtsgrundes, aus welchem man die Vorlegung einer Urkunde fordert, verlangt und der bloße Hinweis auf den Umstand, daß die Verantworter gesonnen seien, eine Einrede (der mangelnden Aktivlegitimation) zu erheben, genügt nicht zur Begründung der Editionspflicht. Es muß überhaupt nach gemeinrechtlichen Grundsätzen geradezu verneint werden, daß behufs Erhebung derartiger Einreden eine Editionspflicht bestehe, weil dieses prozessualische Recht nur einem wirklichen (anerkannten) Prozeßgegner gegenüber geltend gemacht werden kann; nicht aber, wenn dem Kläger vom Verantworter die Berechtigung zur Klage abgesprochen wird, oder werden will. Mit diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht auch unsere C.-P.-O. § 227 im Einklang."

(Entscheid vom 12. Dezember.)

20. Inkompatibilität zweier Legate (§ 588).

Unterm 25. März 1882 verstarb in Rickenbach Magdalena B. geb. F. Sie hinterließ 4 Testamente, drei eigenhändige und ein notarielles. In dem eigenhändigen Testamente vom 30. September 1875 findet sich die Stelle: „. . . erkläre hiemit, daß es auf den Fall meines Absterbens mein Wille ist, daß der A. E. Fischer von meinem Vermögen zum Voraus Fr. 3000 zukommen soll." In dem notariellen Testamente vom 9. Januar 1879 ist die Bestimmung enthalten: „Ihrer Magd A. E. Fischer, die 12 Jahre bei ihr diente, soll, sofern sie bis zum Tode der Testatorin bei ihr bleibt, die Summe von Fr. 2000 legatweise zukommen."

Digitized by Google

Da die Erben nur das letzte Legat von Fr. 2000 anerkannten, kam es zwischen der A. E. Fischer und den Erben der M. B. zum Prozesse. Das Amtsgericht fand, ein Widerspruch beider Testamente sei nicht vorhanden und sprach der A. E. Fischer die Summe von Fr. 5000 zu. Das Obergericht, an welches die Erben appellirten, hob aber das Urtheil des Amtsgerichtes auf und erklärte nur das letzte Legat als rechtsbeständig, indem angenommen wurde, es liege offenbar ein Widerspruch der beiden Testamente vor.

Anmerkung. Die Gesetzesstelle, welche hierorts maßgebend ist, lautet (§ 588): „Eine spätere gültige Willensverordnung des Erblassers hebt die frühere nur insoweit auf, als jene mit der letztern im Widerspruch steht, oder ihre Aufhebung darin vorgeschrieben ist."

Es ist diese Bestimmung dem Code entnommen (Art. 1036). Eine Aufhebung eines frühern Testamentes durch ein späteres findet also in zwei Fällen statt: 1) ausdrückliche Aufhebung; 2) Inkompatibilität. In dem Vermächtniß zweier Summen an dieselbe Persönlichkeit liegt meiner Ansicht nach kein Widerspruch. (Vergl. auch Sirey, Ier vol., Note 15 zu Art. 1036.)

(Entscheid vom 15. Dezember.)

Literarische Anzeigen.

1. **Aufzeichnungen betreffend die Eheschließung von Ausländern in der Schweiz.** Als Anleitung für die schweizerischen Civilstandsbeamten, bearbeitet von **A. Garnier**, gewes. Civilstandsbeamter des Kreises Bern. Bern, Buchdruckerei E. W. Krebs, 1883.

Vorliegende Schrift verdankt ihre Entstehung dem Bestreben, in der Schweiz eine internationale Vermittlung der vielen sehr verschiedenen Ehegesetzgebungen anzubahnen. — Durch Art. 54,3 der Bundesverfassung von 1874 und Art. 25 des Gesetzes über Civilstand und Ehe findet sich der Grundsatz aufgestellt: „es sei die im Ausland geschlossene Ehe, wenn nach dortigen Gesetzen gültig, auch im Inland als gültig anzuerkennen."

Wenn daher die von Schweizern im Ausland obgeschlossenen Ehen den am Orte des Abschlusses geltenden, materiellen und formellen gesetzlichen Bestimmungen entsprechen, so sind sie, selbst wenn die im schweizerischen Civilstandsgesetz für Schweizer vorgeschriebenen

Digitized by Google

Ehehinderniſſe nicht beachtet ſind, auch in der Schweiz vollgültig. Nicht einmal ein feſter ausländiſcher Wohnſitz eines der Verlobten wird für die Anwendung dieſes Grundſatzes, der das heimatliche Recht preisgibt, vorausgeſetzt.

Nach Entſcheidungen des ſchweizeriſchen Bundesgerichts kommt überdies dem Art. 54 lemma 3 der Bundesverfaſſung, weil angeblich auf Gründen öffentlicher Natur, auf ſittlichen, zwingenden Rückſichten beruhend, ſogar rückwirkende Kraft zu. Es iſt demnach jede Ehe eines Schweizers, die vor oder nach dem 29. Mai 1874 im In- oder Ausland eingegangen wurde, von den Heimatbehörden des Mannes als gültig anzuerkennen, ſobald ſie nach der am Orte der Eingehung geltenden Geſetzgebung abgeſchloſſen worden und nicht vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfaſſung wieder aufgehoben iſt. (Vgl. offiz. Sammlung I S. 100 ff., II S. 32 ff. u. 397 ff.)*)

Dieſer Grundſatz der ſchweizeriſchen Geſetzgebung iſt aber bis jetzt von keinem auswärtigen Staat adoptirt worden.

Ausländer nämlich, d. h. Nichtſchweizer, die ſich in der Schweiz verehelichen, unterliegen nach den Beſtimmungen des Geſetzes an und für ſich keinen weitern Beſchränkungen als die Schweizerbürger, wohl aber hat nach Art. 31, 4 des Ehegeſetzes der ausländiſche Bräutigam in der Regel ſich darüber auszuweiſen, daß auch in ſeiner Heimat die Ehe als gültig anerkannt werde. (Art. 31, 4 u. 37, 4.)

Dieſe Vorſchrift, daß, wenn der Bräutigam Ausländer iſt, die Verkündigung und Trauung nur auf Vorlage einer Erklärung der zuſtändigen auswärtigen Behörde, daß die Ehe mit allen ihren Folgen anerkannt werde, erfolgen dürfe, machte in der Anwendung bedeutende Schwierigkeiten. In Vorausſicht dieſer Verhältniſſe hatte daher der Bundesrath dieſen Gegenſtand ſchon am 8. Dezember 1875 in einem an alle Kantone gerichteten Kreisſchreiben behandelt.

Beſondere Veranlaſſung hiezu bot der Umſtand, daß die Behörden einiger auswärtiger Staaten die durch Art. 31 u. 37 des Bundesgeſetzes vom 24. Chriſtmonat 1874 geforderte Anerkennungserklärung verweigerten. In dem betreffenden bundesräthlichen Kreisſchreiben wurde eine mit Bezug auf die Verheirathung von Ausländern in der Schweiz zuſammenzuſtellende und im Bundesblatt zu veröffentlichende Ueberſicht der verſchiedenen ausländiſchen Geſetzgebungen in Ausſicht genommen.

---

*) Siehe Bd. X, S. 85 u. S. 87 ff. dieſer Ztſchr.
Anm. der Red.

Digitized by Google

Es war zunächst in Erfahrung zu bringen, welche Staaten jene Erklärung verabfolgen und für den Fall, daß eine solche erhältlich, welches die zur Ausstellung derselben zuständigen Behörden seien.

Im Kreisschreiben des Bundesrathes vom 27. Brachmonat 1877 verzichtete aber letzterer mit Rücksicht auf die mit Beschaffung des nothwendigen Materials verbundenen Schwierigkeiten auf sein früheres Vorhaben der Sammlung der verschiedenen auswärtigen Gesetzgebungen.

Aus den Antworten, welche der Bundesrath auf die an sämmtliche Regierungen Europas gerichtete dießfallsige Anfrage erhielt, ist ersichtlich, daß während in einigen Staaten der Grundsatz gilt, daß alle für die im Inlande abzuschließenden Ehen giltigen Vorschriften auch für die im Ausland vorzunehmenden Trauungen maßgebend seien, sich andere Länder damit begnügen, für Angehörige, die sich außer Landes verehlichen, nur die persönliche Fähigkeit zur Ehe in Betracht zu ziehen.

Hauptsächlich wegen des beständigen Wechsels, denen die bezüglichen Gesetzgebungen unterworfen sind, hat der Bundesrath von der projektirten Zusammenstellung abgesehen. Er ging überdies von dem Grundsatz aus, daß es Sache der betreffenden Ausländer ist, von den Vertretern ihres Landes in der Schweiz oder ihren heimatlichen Behörden ein Gutachten darüber zu erwirken, ob die gesetzlichen Vorbedingungen zu einer gültigen Ehe vorhanden seien, und welche Förmlichkeiten beobachtet werden müssen. — Unserer Ansicht nach hat der Bundesrath gut gethan, sich in seinen Kreisschreiben etwas zu beschränken und auf Fragen, die an und für sich in die Kompetenz des Richters fallen, nicht weiter einzutreten.

Wenn man nun aber auch auf eine offizielle Darstellung der auswärtigen Gesetzgebungen besser verzichtet, so muß gleichwohl eine Privatarbeit, welche eine Zusammenfassung der diesfallsigen auswärtigen Gesetzgebungen gibt, dem rechtsuchenden Publikum sehr willkommen sein. Als eine solche begrüßen wir denn auch die Aufzeichnungen Garniers. An der Hand derselben wird jeder Ausländer eine mehr oder weniger genaue Kenntniß seines heimatlichen Rechtes sich verschaffen können. Wenn wir auch zufolge der so häufigen Gesetzesrevisionen die Schrift Garniers nicht für unbedingt zuverläßig erachten, so ist eine derartige Rechtskenntniß, besonders wenn sie auf so fleißigen und umfassenden Vorarbeiten beruht, wie dies bei Garnier offenbar der Fall ist, doch immerhin sehr zu begrüßen. Namentlich dürften die kantonalen Regierungen, denen ja bezüglich der Würdigung der einzelnen Fälle die größte

Digitized by Google

Ehehinderniſſe nicht beachtet ſind, auch in der Schweiz vollgültig. Nicht einmal ein feſter ausländiſcher Wohnſitz eines der Verlobten wird für die Anwendung dieſes Grundſatzes, der das heimatliche Recht preisgibt, vorausgeſetzt.

Nach Entſcheidungen des ſchweizeriſchen Bundesgerichts kommt überdies dem Art. 54 lemma 3 der Bundesverfaſſung, weil angeblich auf Gründen öffentlicher Natur, auf ſittlichen, zwingenden Rückſichten beruhend, ſogar rückwirkende Kraft zu. Es iſt demnach jede Ehe eines Schweizers, die vor oder nach dem 29. Mai 1874 im In- oder Ausland eingegangen wurde, von den Heimatbehörden des Mannes als gültig anzuerkennen, ſobald ſie nach der am Orte der Eingehung geltenden Geſetzgebung abgeſchloſſen worden und nicht vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfaſſung wieder aufgehoben iſt. (Vgl. offiz. Sammlung I S. 100 ff., II S. 32 ff. u. 397 ff.)*)

Dieſer Grundſatz der ſchweizeriſchen Geſetzgebung iſt aber bis jetzt von keinem auswärtigen Staat adoptirt worden.

Ausländer nämlich, d. h. Nichtſchweizer, die ſich in der Schweiz verehelichen, unterliegen nach den Beſtimmungen des Geſetzes an und für ſich keinen weitern Beſchränkungen als die Schweizerbürger, wohl aber hat nach Art. 31, 4 des Ehegeſetzes der ausländiſche Bräutigam in der Regel ſich darüber auszuweiſen, daß auch in ſeiner Heimat die Ehe als gültig anerkannt werde. (Art. 31, 4 u. 37, 4.)

Dieſe Vorſchrift, daß, wenn der Bräutigam Ausländer iſt, die Verkündigung und Trauung nur auf Vorlage einer Erklärung der zuſtändigen auswärtigen Behörde, daß die Ehe mit allen ihren Folgen anerkannt werde, erfolgen dürfe, machte in der Anwendung bedeutende Schwierigkeiten. In Vorausſicht dieſer Verhältniſſe hatte daher der Bundesrath dieſen Gegenſtand ſchon am 8. Dezember 1875 in einem an alle Kantone gerichteten Kreisſchreiben behandelt.

Beſondere Veranlaſſung hiezu bot der Umſtand, daß die Behörden einiger auswärtiger Staaten die durch Art. 31 u. 37 des Bundesgeſetzes vom 24. Chriſtmonat 1874 geforderte Anerkennungserklärung verweigerten. In dem betreffenden bundesräthlichen Kreisſchreiben wurde eine mit Bezug auf die Verheirathung von Ausländern in der Schweiz zuſammenzuſtellende und im Bundesblatt zu veröffentlichende Ueberſicht der verſchiedenen ausländiſchen Geſetzgebungen in Ausſicht genommen.

---

*) Siehe Bd. X, S. 85 u. S. 87 ff. dieſer Ztſchr.
Anm. der Red.

Digitized by Google

Es war zunächst in Erfahrung zu bringen, welche Staaten jene Erklärung verabfolgen und für den Fall, daß eine solche erhältlich, welches die zur Ausstellung derselben zuständigen Behörden seien.

Im Kreisschreiben des Bundesrathes vom 27. Brachmonat 1877 verzichtete aber letzterer mit Rücksicht auf die mit Beschaffung des nothwendigen Materials verbundenen Schwierigkeiten auf sein früheres Vorhaben der Sammlung der verschiedenen auswärtigen Gesetzgebungen.

Aus den Antworten, welche der Bundesrath auf die an sämmtliche Regierungen Europas gerichtete dießfallsige Anfrage erhielt, ist ersichtlich, daß während in einigen Staaten der Grundsatz gilt, daß alle für die im Inlande abzuschließenden Ehen giltigen Vorschriften auch für die im Ausland vorzunehmenden Trauungen maßgebend seien, sich andere Länder damit begnügen, für Angehörige, die sich außer Landes verehlichen, nur die persönliche Fähigkeit zur Ehe in Betracht zu ziehen.

Hauptsächlich wegen des beständigen Wechsels, denen die bezüglichen Gesetzgebungen unterworfen sind, hat der Bundesrath von der projektirten Zusammenstellung abgesehen. Er ging überdies von dem Grundsatz aus, daß es Sache der betreffenden Ausländer ist, von den Vertretern ihres Landes in der Schweiz oder ihren heimatlichen Behörden ein Gutachten darüber zu erwirken, ob die gesetzlichen Vorbedingungen zu einer gültigen Ehe vorhanden seien, und welche Förmlichkeiten beobachtet werden müssen. — Unserer Ansicht nach hat der Bundesrath gut gethan, sich in seinen Kreisschreiben etwas zu beschränken und auf Fragen, die an und für sich in die Kompetenz des Richters fallen, nicht weiter einzutreten.

Wenn man nun aber auch auf eine offizielle Darstellung der auswärtigen Gesetzgebungen besser verzichtet, so muß gleichwohl eine Privatarbeit, welche eine Zusammenfassung der diesfallsigen auswärtigen Gesetzgebungen gibt, dem rechtsuchenden Publikum sehr willkommen sein. Als eine solche begrüßen wir denn auch die Aufzeichnungen Garniers. An der Hand derselben wird jeder Ausländer eine mehr oder weniger genaue Kenntniß seines heimatlichen Rechtes sich verschaffen können. Wenn wir auch zufolge der so häufigen Gesetzesrevisionen die Schrift Garniers nicht für unbedingt zuverläßig erachten, so ist eine derartige Rechtskenntniß, besonders wenn sie auf so fleißigen und umfassenden Vorarbeiten beruht, wie dies bei Garnier offenbar der Fall ist, doch immerhin sehr zu begrüßen. Namentlich dürften die kantonalen Regierungen, denen ja bezüglich der Würdigung der einzelnen Fälle die größte

Digitized by Google

Freiheit eingeräumt ist, aus dem Werke Garniers reiche Belehrung schöpfen.

Von der in den Artikeln 31 und 37 vorgeschriebenen Erklärung der zuständigen auswärtigen Behörde darf nämlich jedesmal dispensirt werden, wenn die kantonale Regierung sich überzeugt, daß die Ehe eines ausländischen Angehörigen nicht werde ungültig erklärt werden, in allen zweifelhaften Fällen dagegen erscheint es geboten, die Bewilligung zur Eheschließung zu verweigern, bis der ausländische Bräutigam, mit Bezug auf die gesetzlichen Folgen der Ehe, sich genügend ausgewiesen hat. (Vgl. Handbuch für schweiz. Civilstandsbeamte 1881, Seite 313). Garnier sagt diesfalls im Vorwort: „Die Berücksichtigung des ausländischen Rechts in der Schweiz — über das in der schweiz. Gesetzgebung vorgesteckte Ziel hinaus — liegt allerdings nicht in der Aufgabe der Behörden und kann füglich den Betheiligten anheimgestellt werden. Immerhin dürfte die bei allen internationalen Vermittlungsbestrebungen stets erfolgreich vorangehende Schweiz auch bezüglich der Eheschließung durch ihr Beispiel fördernd wirken. Abgesehen hievon ist es aber gewissermaßen Pflicht der mit dem Gesetzesvollzug betrauten Beamten, sich in die Möglichkeit zu setzen, bei Heirathen von Schweizern mit Ausländern die Interessen ihrer Mitbürger durch richtige Auskunftertheilung über die zur Gültigkeit ihrer Ehe erforderlichen Voraussetzungen zu wahren."

Der Werth der Aufzeichnungen Garniers liegt nach unserer Anschauung in der sorgfältigen Angabe und der Zusammenstellung der verschiedenen ausländischen Gesetzgebungen, bezüglich der allgemein rechtlichen Auffassungen des Verfassers möchten wir dagegen einige Vorsicht empfehlen.

Wenn z. B. der Verfasser sagt, bezüglich der Form der Eheschließung gelte fast allgemein der Satz locus regit actum, es werde die nach schweizerischem Gesetz in der Schweiz vollzogene Trauung im Ausland als unbedingt gültig anerkannt, so ist hier daran zu erinnern, daß unter den Juristen darüber, was alles zur Form gehöre, kein Einverständniß herrscht und namentlich die Ansichten darüber auseinandergehen, ob die kirchliche Trauung zu den äußern Formen gehöre, oder ob sie ein inneres Erforderniß des Aktes selbst ausmache.

Am Schlusse seiner Aufzeichnungen schlägt Garnier die Errichtung einer internationalen Centralstelle, d. h. die Aufstellung einer aus Vertretern der verschiedenen — mittelst Verträge zu verbindenden — Staaten zusammengesetzten Behörde vor. Diese Behörde würde als vermittelndes Organ zwischen dem Rechte des Heimatlandes der Verlobten und demjenigen des Eheschließungsaktes er-

Digitized by Google

mächtigt sein, nach Prüfung des Sachverhaltes, ein rechtsverbindliches Gutachten über die beabsichtigte Eheschließung abzugeben und hätte demnach die Verantwortlichkeit für die richtige Auslegung und Anwendung aller auf das Eheweſen sich beziehenden Gesetze der Vertragsstaaten zu übernehmen.

„Ohne in die Einzelheiten der Organisation eines derartigen Instituts näher einzutreten," sagt Garnier, „wird nur bemerkt, daß von den Vertragsstaaten wohl in erster Linie eine Vereinbarung zu treffen wäre, wonach die Gesetze ihre verbindliche Kraft bezüglich internationaler Eheschließungen erst von dem Zeitpunkt an erhalten sollen, in welchem die internationale Centralbehörde von denselben amtliche Kenntniß erhalten hat. Im Anschlusse hieran sollte auch die Frist, innerhalb welcher der Eheabschluß stattgefunden hätte, in eine gewisse Abhängigkeit von dem Datum der Ausstellung, resp. Eröffnung des betreffenden Gutachtens der Centralbehörde gebracht werden."

Mit diesem Vorschlag Garniers können wir uns nun, so sehr wir sonst das Verdienstvolle seiner Aufzeichnungen anerkennen, aus dem oben angeführten Grunde, wonach wir jede administrative Einmischung ablehnen, nicht einverstanden erklären. Es kann nämlich nicht übersehen und muß auch von Garnier zugegeben werden: Die auf Grund des Art. 31, lemma 4 und Art. 37, Schlußlemma des schweizerischen Gesetzes ausgestellten Erklärungen heimatlicher Behörden der Ausländer oder ihrer Gesandtschaften in der Schweiz haben nur mit Bezug auf die Heimatlosigkeit der Betreffenden Werth. Die Entscheidung der Frage aber, ob gegebenen Falls eine Ehe wirklich gültig sei, ist stets und überall Sache der zuständigen Gerichte und daher jede Begutachtung Seitens einer Verwaltungsbehörde — resp. einer Gesandtschaft — hinsichtlich Nichtbestehens von Ehehindernissen, bei einer allfälligen Anfechtung der Ehe ohne Bedeutung.

Die aber bezüglich der Verehelichung von Ausländern in der Schweiz und von Schweizern im Auslande sich wirklich geltend machenden Uebelstände liefern einen neuen Beweis dafür, wie ungenügend vorbereitet das ganze Ehegesetz erlassen wurde. Nachträglich sollten dann durch eine Reihe von administrativen Kreisschreiben fehlende und undeutliche Bestimmungen ergänzt oder erläutert werden. Allein schon jetzt wird man sich klar machen müssen, daß nicht mehr auf dem Wege der Interpretation zu helfen ist, sondern die Revision des Gesetzes ganz unausweichbar ist. Es fehlt vorab an einer einheitlichen Anwendung des Gesetzes, die Einführung desselben ist allzusehr in die Hände der Kantonalregierungen gegeben. Der Bundesrath ist nach dem Wortlaut des gegenwärtigen Civilstands- und Ehegesetzes nicht einmal kompetent,

Digitized by Google

ein für die Ausführung des Gesetzes unbedingt nothwendiges Inspektorat zu schaffen und man denkt leider schon vielfach daran, den unfruchtbaren Weg des Konkordats zu betreten. Wir rathen hiemit entschieden davon ab und zu einer Revision des Ehegesetzes, aus welchem wir dann den Abschnitt über die Ehescheidungen ganz weglassen würden.

Luzern, Oktober 1883.

Dr. P. Meyer von Schauensee.

2. **Rudolph Sohm**, Professor in Straßburg, **Institutionen des römischen Rechts.** Leipz. Duncker u. Humblot 1884. XIV u. 395 S.

Bisher durch seine bahnbrechenden Untersuchungen auf dem Gebiete der germanischen Rechtsgeschichte, besonders durch seine „fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung", seine „Trauung und Verlobung" bekannt, ist der geniale Rechtslehrer, welcher abwechselnd auch die Institutionen und Pandekten des röm. Rechts in den Kreis seiner vielbesuchten Vorlesungen zieht, nun auch wieder auf romanistischem Gebiete als Schriftsteller aufgetreten. Die Eigenschaften, welche ihn als Lehrer der studirenden Jugend so ungewöhnlich hoch stellen und mit denen er seine Zuhörer zu begeistern versteht, zeigt auch das vorliegende Buch in reichlichem Maaße. Die Darstellung ist frei von gelehrtem Kram, wie von der störenden Eintheilung in Text und Anmerkungen, fließend, lebendig, elegant, scharf und präcis; der Kern und Grundgedanke jedes Rechtsverhältnisses wird mit sicherer Hand herausgegriffen, mit einigen hellen Schlaglichtern beleuchtet und dem Verständniß des Anfängers nahe gebracht. Für Anfänger ist das Buch zunächst geschrieben; der Verfasser verfolgt, wie er in der Vorrede sagt, zunächst einen pädagogischen Zweck; die „Institutionen" sollen „weder Rechtsgeschichte noch Pandekten sein, aber sie sollen den angehenden Juristen erziehen, daß er im Stande sei, den Anforderungen, welche jene Disziplinen an ihn stellen, gerecht zu werden....." „Ueberall muß als der oberste Zweck erscheinen: Eindrücke hervorzubringen, den Geist des angehenden Juristen in Thätigkeit zu setzen, ihn wo möglich zu zwingen, daß er an die Gegenstände seiner Wissenschaft herantrete, um die Welt der Wunder zu sehen, welche sich ihm dort ankündigt."

Aus dem Zweck des Verfassers erklärt sich die Art der Behandlung, welche hie und da eine gewisse Ungleichheit zu zeigen scheint, sowie die eigenthümliche Systematik. Im Einzelnen wird der Romanist vom Fache vielleicht hie und da ein Fragezeichen beizusetzen sich veranlaßt finden; der in der Praxis stehende Jurist wird das Buch mit reichem Genuß durchgehen und die neuesten

Digitized by Google

Ergebnisse, welche die Wissenschaft in Bezug auf manche Frage nach dornenvollen Untersuchungen gefunden, mit leichter Mühe pflücken. Wir möchten besonders auf die glänzenden Abschnitte: Stufen der röm. Rechtsentwicklung (im allg. Theil) und die Darstellung des röm. Civilprozesses aufmerksam machen.

3. **Zorn, Prof. Dr. Philipp.** Luther u. die deutsche Nation (Vortrag). Königsberg i./Pr. 1883 (34 S.).

Der Verfasser, welcher einige Jahre den Lehrstuhl für deutsches Privatrecht und Kirchenrecht in Bern bekleidete und den Schweizer Juristen durch das in Verbindung mit seinem Vorgänger Prof. Gareis herausgegebene Werk „Staat und Kirche in der Schweiz" bestens bekannt ist, wurde durch die in jetzigem Sitze seiner Thätigkeit, Königsberg, abgehaltene Lutherfeier veranlaßt, die Bedeutung Luther's für Staat und Recht in einem Vortrage zu behandeln. Er nahm hiebei Veranlassung, über die Bedeutung des Staatskirchenthums, welches in den nach Luther und Zwingli reformirten Ländern infolge einer nicht genug zu bedauernden Inkonsequenz an die Stelle des Prinzips freier Gestaltung der Einen evangelischen Kirche trat, zu besprechen. Er bezeichnet diese Zerrissenheit und ihren Grund, das staatliche Kirchenregiment als „den wundesten Punkt in der ganzen Geschichte unserer Kirche", und diese Geschichte selbst als „eine Leidensgeschichte" von der nicht zu erkennen sei, wo und wie „diese Leidensbahn ihr Ende finden" werde.

Freilich war Luther nicht nur, durch die Verhältnisse genöthigt, in der Frage der äußern Organisation der Kirche auf halbem Wege stehen geblieben, sondern er hatte auch das andere Haupt- und Grundprinzip der Reformation, die Freiheit des Gewissens und Glaubens, nicht zur innern Abklärung gebracht. Zwar schwebt ihm der Unterschied zwischen den Dingen des äußern Rechts und der freien Ueberzeugung, zwischen Gesetz und Religion, ganz bestimmt vor, und er machte für sich und seinen Glauben von dieser Unterscheidung weitgehenden Gebrauch, indem er in Sachen des Glaubens weder päpstliche noch kaiserliche Autorität anerkannte; das Recht erklärt er für ein „zeitlich Ding, das zuletzt aufhören muß, das Gewissen dagegen für ein ewig Ding, das nimmermehr stirbt"; aber er vermochte nicht, Andersgläubigen gegenüber den Gewissensstandpunkt über den Rechtsstandpunkt siegen zu lassen und ihnen gleichen Anspruch auf freie Religionsübung zuzugestehen, und wie weit dann die protestantischen Theologen der folgenden Jahrhunderte den Gewissenszwang wieder getrieben, bis ihnen Philosophen und Juristen wieder ein Licht aufsteckten, das bildet auch

Digitized by Google

eine Episode in der Leidensbahn der protestantischen Kirche, aber eine selbstverschuldete.

Das Sprichwort: „Juristen, böse Christen" rührt zwar nicht von Luther her; aber der große Reformator gab dem darin liegenden Gedanken öfters schneidigen Ausdruck; er lag, wie Verfasser sagt, mit den Juristen sein Lebtag in Streit; warf er ja sogar im Unmuth einmal die Frage auf: ob „Büttel, Henker, Juristen, Fürsprecher und was des Gesindels mehr ist", selig werden können. Er wollte die Kirche von den „laufigten Scharteken der Juristen rein fegen". Aber es gelang ihm nicht; denn durch das Mittel der landesherrlichen Consistorien drang die Juristerei doch wieder in die Kirchenangelegenheiten und „da fing sich das Gepolter wieder an". Diese Abneigung hat nichts verwunderliches. Luther war ein deutscher Mann und wollte dem nationalen Gedanken zum Durchbruch verhelfen; das Recht und die Rechtswissenschaft seiner Zeit aber waren gründlich entnationalisirt; die Satzungen wälscher Gelehrter und Kaiser und Geistlicher herrschten in den weltlichen und geistlichen Gerichtsstuben, vom Volke gar nicht, von den Richtern nur halb verstanden. Drei Jahrhunderte mußten vergehen, bis auf diesem Gebiete der Alpdruck der fremden Dogmen von der freien Erkenntniß und Fortbildung der nationalen Rechtsgedanken weggehoben wurde. — Wäre Luther, wenn er dem Berufe des Juristen, für den er ursprünglich bestimmt gewesen (seine erste Schrift behandelt ein kanonistisches Thema), treu geblieben, vielleicht ein Reformator auf dem Gebiete der Jurisprudenz geworden, und, wagen wir beizufügen, wäre damit die von ihm herbeigeführte Kirchenspaltung nicht vielleicht zum Besten Europa's durch einen einheitlichen Reformprozeß der ganzen Kirche ersetzt worden, — einen Reformprozeß mehr dogmatischer Natur, welcher früher oder später kommen mußte? — Dieser und manche andere Gedanken wurden bei uns durch die Lektüre dieses ansprechenden Vortrages angeregt, welche wir hiemit unsern Kollegen bestens empfehlen möchten.

4. **v. Planta, Alfred,** Beitrag zur Kenntniß der deutsch-schweizerischen Hypothekarrechte, mit besonderer Berücksichtigugg des Rechtsinstitutes der sog. Hypothek an eigener Sache. Inaug.-Diss. von Zürich. Zürich, Druck von Zürcher u. Furrer 1883. XI u. 256 Seiten.

Eine Besprechung dieser werthvollen Schrift müssen wir auf das nächste Heft verschieben.

Digitized by Google

Digitized by Google